

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL ANALISADA SOB A ÓTICA DA
TEORIA DO CRIME**

André Moraes Castanho

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL ANALISADA SOB A ÓTICA DA
TEORIA DO CRIME**

André Moraes Castanho

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof.^o Florestan Rodrigo do Prado

Presidente Prudente/SP
2015

A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL ANALISADA SOB A ÓTICA DO TEORIA DO CRIME

Monografia/TC aprovado como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Especialista.

FLORESTAN RODRIGO DO PRADO

FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

Presidente Prudente, 16 de abril de 2015

“Cuida de evitar os crimes, para que não sejas obrigado a puni-los”.

Confúcio

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof.^o Florestan Rodrigo do Prado pelos conhecimentos e excelentes dicas transmitidos durante esses meses de árdua pesquisa e trabalho intenso. Agradeço pela dedicação e disposição no aceite em ser meu orientador e na condução desta singela obra. Sem o seu auxílio, eu não teria nada mais do que uma ideia sem a possibilidade de concreção.

Agradeço a meus pais pelo apoio fornecido e por terem oportunizado que esta especialização fosse concluída.

Agradeço também a meus amigos pela paciência com que me aguentaram nesses últimos estressantes meses, bem como pelas constantes discussões jurídicas que certamente colaboraram na elaboração deste trabalho.

Agradeço aos examinadores que compõem a banca pelo tempo dispensado à leitura e crítica desta obra, bem como pelo comparecimento à apresentação e realização dos debates.

Por fim, e não menos importante, agradeço ao Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, que não somente proporcionou um corpo docente de ponta para a transmissão dos ensinamentos durante esta especialização, como também proporcionou ao autor deste humilde ensaio uma excelente base durante a graduação do curso de Direito.

RESUMO

O presente trabalho analisa os aspectos evolutivos do conceito de crime sob a perspectiva de teorias formalizadas, sendo abordados o causalismo, neokantismo e finalismo, e direcionando o foco das discussões para a nova teoria advinda de dois doutrinadores alemães: Günther Jakobs e Claus Roxin. Houve uma análise dogmática dos aspectos mais importantes de cada teoria que visou à explicação do conceito de crime para se concluir cada tópico com a crítica destinada a cada uma, ao que indicou alguns doutrinadores expoentes em cada um dos modelos representativos do conceito de delito. Apresentou os principais aspectos das teorias que explicam qual é a função da pena – e do Direito Penal por extensão –, para que se possa conectá-la às teorias funcionalistas a fim de melhor diagnosticá-las. Ademais, expôs as duas teorias da imputação objetiva que visam à explicação das teorias funcionalistas, bem como seu direcionamento às finalidades do Direito Penal através da criação de riscos sociais. Uma vez apresentados os principais aspectos da teoria funcionalista, o trabalho apontou suas circunstâncias positivas e negativas e alcançou uma conclusão sobre estar ou não o finalismo ultrapassado e sobre ser ou não o funcionalismo um modelo ideal e substitutivo daquele.

Palavras-chave: Teoria do crime. Causalismo. Neokantismo. Finalismo. Funcionalismo. Comportamentos de risco. Função do Direito Penal.

ABSTRACT

The present essay analyzes the evolutionary aspects in the concept of crime under the perspective of formalized theories, boarding the causalism, neokantism, and finalism, directing the focus of discussions to a new theory that came from two German theoreticians: Günther Jakobs e Claus Roxin. There was an analysis of the most important aspects of each theory that aimed to an explanation of the concept of crime to conclude in each topic with critics headed to every theory, presenting some experts that express all the explicative models of the meaning of crime. The main aspects of the theories that justify the penalty – and the criminal law itself – were presented, so that they can be connected to the functionalists theories in order to diagnosis them. Moreover, it exposed two of the theories of objective imputation that aim at functionalists models, as well as its direction to criminal law finalities through the creation of social risks. Once presented the main aspects of the functionalist theories, it appointed positive and negative circumstances, obtaining a conclusion about being or not the finalism overcame, and about being or not the functionalism an ideal model for replacing that one.

Keywords: Theory of crime. Causalism. Neokantism. Finalism. Functionalism. Risk behaviors. Criminal law function.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS EVOLUTIVOS DA TEORIA DO DELITO	10
2.1 Teoria Causalista Ou Clássica	11
2.2 Teoria Neokantiana Ou Neoclássica	19
2.3 Teoria Finalista	23
2.3.1 Críticas	29
2.4 Abordagem Inicial Da Teoria Funcionalista	32
3 A FUNÇÃO DA PENA	34
3.1 A Função Da Pena Como Prevenção	35
3.1.1 A prevenção geral	36
3.1.1.1 A prevenção geral positiva	36
3.1.1.1.1 A prevenção geral positiva fundamentadora e limitadora	42
3.1.1.1.2 Críticas	43
3.1.1.2 A prevenção geral negativa	44
3.1.1.2.1 Críticas	47
3.1.2 A prevenção especial	50
3.1.2.1 A prevenção especial positiva	51
3.1.2.1.1 Críticas	52
3.1.2.2 A prevenção especial negativa	56
3.1.2.2.1 Críticas	57
3.2 A Função Da Pena Como Retribuição	59
3.2.1 Críticas	60
3.3 A Prevenção Geral Positiva: Um Modelo A Ser Seguido?	62
4 A REFORMULAÇÃO DA FUNÇÃO ATRIBUÍDA AO DIREITO PENAL: COMPORTAMENTOS DE RISCO	76
4.1 A Inexistência De Proteção De Bem Jurídico E A Proteção De Comportamentos Sociais	80
5 A TEORIA FUNCIONALISTA	84
5.1 O Funcionalismo De Claus Roxin	85
5.1.1 Críticas ao funcionalismo roxiniano	89
5.2 O Funcionalismo De Günther Jakobs	93
5.2.1 Críticas ao funcionalismo jakobiano	98
5.3 O Funcionalismo É Um Modelo Viável?	101
6 CONCLUSÃO	105
BIBLIOGRAFIA	109

1 INTRODUÇÃO

O funcionalismo penal, embora já não seja um tema tão recente ainda encontra forte resistência na doutrina brasileira, em que pese a discussão já seja amplamente aceita na Alemanha, onde surgiu, já se tratando da teoria majoritariamente adotada naquele país.

Por muito tempo, não houve uma teoria própria e regularmente estruturada que visasse à explicação de um conceito de crime em moldes que trouxessem segurança jurídica e buscassem a delimitação do poder punitivo do Estado, sendo a primeira delas elaborada por von Liszt e Beling no século XIX, e recebendo a denominação de causalismo.

Sucessivamente, advieram o neokantismo e o finalismo, ambos criticando o causalismo, porém, ficando a cargo dos finalistas um rompimento de paradigma significativo, bem como angariado mais doutrinadores, principalmente na segunda metade do século XX.

Hodiernamente, no Brasil, o finalismo é a teoria mais adotada, substituindo o causalismo desde meados da década de 1980, quando ocorreu a grande reforma da parte geral do Código Penal.

Porém, desde a década de 1970, já ecoavam vozes funcionalistas, que apontavam equívocos à teoria de Welzel e consideravam-na prática, porém, sem a dogmática adequada para explicar todos os fatos possíveis de abrangência do Direito Penal. O funcionalismo baseia-se na orientação do conceito de delito para os fins do Direito Penal, atribuindo-lhe critérios criminológicos de diferenciação que as demais teorias desprezavam.

Porém, o presente trabalho enfocou não especificamente o funcionalismo em si, mas enfatizou a função do Direito Penal analisada sob a ótica da teoria do crime.

A segunda seção deste trabalho explicou exatamente os principais pontos defendidos em cada uma das teorias que visam à explicação do conceito de delito, sem uma análise extremamente aprofundada, pois caso contrário, desviar-se-ia do foco pretendido.

Já a terceira seção abordou as teorias justificadoras da pena – e do Direito Penal por extensão –, abrangendo as preventivas gerais e especiais, bem

como a retributiva, ficando excluídas outras teorias, como a agnóstica, pois o posicionamento defendido neste trabalho se coaduna com os modelos clássicos, embora tenham sido sugeridas adaptações.

A cargo da quarta seção ficou a remodelagem da função do Direito Penal em moldes da prevenção geral positiva, porém, com ajustes orientados para a proteção de comportamentos não criadores de risco proibidos.

Por fim, o último tópico tratou as duas principais teorias funcionalistas e a exibição de seus argumentos mais importantes, sendo ambas criticadas tanto em seus aspectos positivos, quanto negativos, para se chegar, enfim, à idealização de qual seria um modelo mais adequado e sobre estar ou não o finalismo ultrapassado.

A proposição deste trabalho não foi a de criar uma nova teoria sobre o conceito de crime. A audácia aqui foi apenas de apresentar aspectos iniciais do que se acredita ser um modelo melhor, sem adequá-los em uma nova proposição teórica, bem como estruturar um sistema delitivo orientado para os fins do Direito Penal.

O tema foi escolhido como forma de trazer uma discussão de grande importância a terras brasileiras, mas que aparentemente não ganha tanta repercussão entre os doutrinadores nacionais. O autor deste trabalho já vislumbrara algumas falhas do finalismo, de modo que as pesquisas nesta área possibilitaram um estudo crítico sobre ser ou não o funcionalismo um método adequado para substituir o modelo até então vigente.

Para a elaboração deste trabalho, foram utilizados livros doutrinários, textos de lei, bem como dados estatísticos de referencial para a explicação das teorias que explicam a justificação do Direito Penal.

Como metodologia, a pesquisa valeu-se da dedução, apresentando-se diversos casos gerais e posicionamentos diversos sobre as mais variadas teorias conceituais de crime e da função do Direito Penal, para se chegar à conclusão do que seria um modelo ideal a ser seguido. Como métodos acessórios, o trabalho valeu-se da exposição de aspectos comparativos entre as mais diversas teorias explicativas do crime, bem como o histórico, dada a evolução dogmática do conceito de delito.

2 ASPECTOS EVOLUTIVOS DA TEORIA DO DELITO

A dificuldade em se buscar uma teoria perfeita e adequada à caracterização do conceito de delito é uma das grandes problemáticas que vem assolando os penalistas ao longo dos tempos.

Muito se discute sobre a estrutura da definição do que consistiria o crime, conceito este que evoluiu ao longo dos tempos e constantemente sofre críticas e medidas de readequação.

As teorias do crime variam muito de acordo com a conduta do agente e momento da análise de seus requisitos na estrutura delitiva.

Não se pretende com este trabalho o esgotamento do estudo de todas as teorias em apreço, pois este não é o foco deste ensaio. Entretanto, serão apontados os principais traços de cada uma das características e a estrutura e definição do conceito analítico de crime à luz de cada uma delas, bem como seus principais defensores.

Objetiva-se com este capítulo uma pormenorização dos elementos básicos de cada teoria para que se possa compreender seu método evolutivo e passagem conceitual de uma a outra fase.

Frise-se que o propósito das teorias apresentadas não é propriamente a de explicar o crime em uma visão puramente formal (fato típico, antijurídico e culpável, na visão tripartida), mas sim de apresentar seu conteúdo sob os aspectos causal, final e funcional, tanto na ação, quanto nos demais elementos do crime.

Não se pode compreender o funcionalismo penal e a ideia da função do Direito Penal como elemento integrante da teoria do crime sem o necessário acompanhamento das teorias predecessoras, bem como as críticas que as acompanham.

2.1 Teoria Causalista Ou Clássica

A primeira teoria do delito estruturalmente consolidada foi o causalismo penal. Surgido em uma época de evolução das ciências e abandono das ideias puramente teológicas de explicação dos fenômenos naturais, o homem passou a observar o mundo à sua volta e a partir da experimentação científica iniciou-se um processo de desapego ao misticismo e racionalização do pensamento teórico.

Por este motivo, o conceito causal de ação que enseja a fundamentação estrutural da teoria causalista como modelo de teoria do delito é aquele em que a conduta humana parte de um princípio de causa e efeito: a ação humana é a exteriorização de uma vontade e causa uma modificação no mundo perceptível aos sentidos.

A metafísica e as explicações sobrenaturais dos fenômenos foram abominadas de maneira tal que somente o puro cientificismo baseado na observação empírica seria válido.

Os eventos naturais, assim como os relacionados ao homem, são explicados pelas ciências em todas as suas subdivisões, como a Medicina, a Biologia, a Física, a Química, dentre outras. Todas elas explicam as manifestações naturais, e a experimentação científica conduz ao aprimoramento do conhecimento humano.

A teoria, que também pode ser denominada de causal-naturalista, recebe o título “porque incorpora as leis da natureza no Direito Penal” (JESUS, 2014, p. 270).

O modelo clássico de conceito do delito tem como pilar a ação humana, entendida de maneira naturalística e sendo o centro de um objetivismo descritivo. A estrutura do delito baseava-se neste ideal objetivo em um primeiro momento, e outro subjetivo, em que se analisavam as circunstâncias relativas ao *animus delicti*.

Nesse sentido, Bitencourt e Conde (2000, p. 17), com propriedade, lecionam que “Essa *estrutura clássica* do delito mantinha em partes absolutamente distintas o *aspecto objetivo*, representado pela tipicidade e antijuridicidade, e o *aspecto subjetivo*, representado pela culpabilidade” (ênfases dos autores).

É exatamente pelo motivo de que o causalismo baseava-se no desenvolvimento do conhecimento científico que houve a delimitação da estrutura da dogmática delitiva em aspectos objetivos e subjetivos nitidamente distintos. Não havia como vincular a conduta humana a um aspecto subjetivo quando na verdade entendia-se o agir do homem como a modificação captável pelos sentidos – tato, olfato, paladar, visão e audição – operada no mundo externo.

Houve, pois, uma nítida cisão em aspectos objetivos e subjetivos, sendo que primeiramente deveriam ser analisadas as causas puramente objetivas e, posteriormente, as circunstâncias subjetivas.

Seria possível, em tese, cogitar de uma conduta típica e ilícita, ainda que inexistente o dolo. Este seria analisado quando da culpabilidade do agente.

O primeiro elemento estrutural fica a cargo do processo causal externo, vale dizer, as ações humanas consubstanciadas em processos musculares comandados por impulsos cerebrais, sendo certo que ações provocadas por outros corpos ou atos reflexos não acarretam na conceituação do requisito objetivo para a configuração do delito; o segundo elemento é o interno, caracterizado pelo conteúdo da vontade humana – o requisito subjetivo.

O causalismo teve como um de seus principais precursores o doutrinador von Liszt. Em sua obra, assim definiu o conceito de ação para fins penais (LISZT, 1899, p. 193):

Acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referivel á vontade do homem. Sem *acto de vontade* não ha acção, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis poenam nemo patitur*. Mas tambem não há acção, não ha injusto, não ha crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*.

Dest'arte são dados os dois elementos, de que se compõe a idéa de acção e portanto a de crime: acto de vontade e resultado.¹ (Ênfases do autor)

Na doutrina nacional, clássicos como Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha e Frederico Marques partilhavam dos ideais da teoria causalista.

Sobre a temática, Aníbal Bruno (1967, t. 1, p. 282), leciona:

A ação pode definir-se como um comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior. Tem por componentes necessários: um processo interno de vontade; a atuação dessa vontade no

¹ A transcrição do trecho da obra seguiu na íntegra a ortografia relativa à data da publicação.

mundo exterior por meio de um fazer ou não fazer do agente; o resultado dessa atuação. Há que se considerar, então, o movimento interior da vontade e a exterioridade da ação que o Direito Penal surpreende no fato punível, compreendendo a manifestação externa da vontade, o que podemos chamar o comportamento do agente, ou ação em sentido estrito, positiva ou negativa, e o resultado com o qual consegue o agente a modificação do mundo exterior.

Frederico Marques (1997, p. 66-67), igualmente professora:

Olhada em seu aspecto objetivo ou físico, a conduta é movimento corporal, ou abstenção de atos que deveriam ser praticados. Com isso, altera-se e modifica-se o mundo exterior, derivando-se do comportamento externo assim revelado, ou a prática do que está vedado, pela norma penal (*facere quod non debeat*), ou a abstenção do que esta ordena (*non facere quod debeat*).

[...]

Esse *querer exteriorizado* projeta-se no mundo físico como um acontecimento de ordem natural, e é sobre a materialidade da conduta assim externada que descansa, o conceito de ação. (Ênfases do autor)

Percebe-se que para os supracitados autores a ação humana deve ser voluntária, porém, não há a caracterização do direcionamento desta conduta a determinado fim, conforme será estudado pelos finalistas. Para o causalismo, a ação é apenas uma forma de exteriorização de um processo humano interno, sendo que acarreta na modificação do mundo externo. Trata-se de um processo que brota no interior do subjetivismo humano para aflorar em um resultado externado, captável aos sentidos.

Além disso, o próprio von Liszt, como pôde ser observado, entende que a ação humana compreende simultaneamente um ato voluntário e um resultado. A ação sem resultado não é ação.

Internacionalmente, um dos expoentes do causalismo foi o espanhol Luis Jiménez de Asúa, que partilhava da mesma ideia (1992, t. 2, p. 336):

Ahora bien, aunque esa *voluntad* no tiene para qué relacionarse con el libre albedrío, precisa ser *consciente, espontánea* y referida a cierta *representación* con un *motivo determinado*. En su sucesión, como anillos sucesivos de una cadena, aparece primeramente el motivo y la representación. Vienen luego aquellos momentos de voluntad puramente internos, y a seguida aquellos actos de manifestación externa, que tienen un carácter físico, a diferencia del de pura psique que tienen los anteriores. Esta exteriorización puede presentarse como *movimiento corporal* o como *inactividad del cuerpo* del agente [...].

[...]

[...] En cuanto acontecimiento consciente y con representación motivada podría decirse que el acto humano va hacia el propósito, pero la acción *voluntaria* significa voluntad de *causación*.² (Ênfases do autor)

Os causalistas consideram que a ação humana deve ser voluntária, porém, isto não descaracteriza o processo mecânico e objetivo em que se enquadra a teoria causalista. A ação perpetrada pelo homem deve ser entendida como a modificação do mundo exterior após o advento de um processo de vontade interno destinado à causação de um resultado.

Nesse sentido, von Liszt (1899, p. 197) leciona:

A voluntariedade na comissão ou na omissão, não quer dizer livre arbitrio no sentido metaphysico [...], mas isenção de coacção mechanica ou psycho-physica. Não se dá acção por parte daquelle que, em um ataque de convulsão, damnifica objectos alheios ou que, em razão de uma syncope, não pôde cumprir o seu dever; não se dá acção por parte de quem é coagido pelo poder physico de outrem a fazer ou deixar de fazer alguma cousa [...].

[...]

Comissão é a *causação do resultado por um acto de vontade*. Este apresenta-se como *movimento corporeo voluntario*, isto é, como tensão (contração) dos musculos, determinada, não por coacção mechanica ou psycho-physica, mas por idéas ou representações e effectuada pela inervação dos nervos motores. O movimento corporeo e o resultado constituem pois [...] os dois elementos igualmente importantes da idéa de acção como comissão.³ (Ênfases do autor)

Para von Liszt, a voluntariedade da conduta humana está intrinsicamente ligada à ausência de coação externa, e não um ato de vontade dirigido a um fim. Além disso, a ação nada mais era do que o movimento corpóreo agindo em resposta a estímulos nervosos que ativam os músculos e que produzam modificação no ambiente exterior.

Esta ideia é explicada por Bitencourt e Conde (2000, p. 18) ao afirmarem que o classicismo reconhecia que a conduta humana tinha origem na vontade, entretanto, o conceito de ação em si seria puramente descritivo e

² Contudo, embora essa vontade não tenha relação com livre arbítrio, precisa ser consciente, espontânea e relacionar-se a certa representação com um motivo determinado. Em sua sucessão, como anéis encadeados, aparece primeiro o motivo e a representação. Logo, vêm aqueles momentos de vontade puramente internos, e em seguida aqueles de manifestação externa, que têm um caráter físico, diferentemente dos anteriores que se caracterizam pela pura psique. Esta exteriorização pode apresentar-se como movimento corporal ou como inatividade do corpo do agente [...].

[...]

[...] Enquanto acontecimento consciente e com representação motivada, poderia dizer-se que o ato humano destina-se a um propósito, mas a ação voluntária significa vontade de causação. (Tradução livre do espanhol)

³ A transcrição do trecho da obra seguiu na íntegra a ortografia relativa à data da publicação.

desprovido de carga subjetiva, analisado apenas pelo aspecto de causar ou não um resultado que opere modificações no mundo externo.

Também Mirabete (2008, p. 88) explica que o causalismo trata a ação como “um processo mecânico, muscular e voluntário (porque não é um ato reflexo), em que se prescinde do fim a que essa vontade se dirige”. O citado autor ainda prossegue afirmando que não se nega no causalismo a existência de vontade na ação, porém, o comportamento humano prescinde dessa análise, que ficará a cargo da culpabilidade.

A causalidade, assim, explica-se em uma “ordem puramente objetiva e mecânica, fruto do positivismo científico (filosófico ou sociológico) em que causa é o que permite deduzir o efeito (conceito naturalístico)” (PRADO, 2011, p. 111), sem maiores considerações que permitam analisar aspectos internos humanos que expliquem as razões que levaram à prática de determinada conduta.

Embora não se negasse a existência da vontade do agente, a conduta, nas lições de Damásio de Jesus (2014, p. 272), era apenas:

[...] o efeito da vontade, sem considerar o seu conteúdo, que corresponde à finalidade do comportamento. Enquanto a ação pertence ao fato típico, abrangendo apenas a vontade (simples voluntariedade), o conteúdo da vontade pertence à culpabilidade.

Na mesma linha, o causalista Frederico Marques (1997, p. 66) afirmava que “a voluntariedade da conduta ativa não se confunde com a projeção sobre o resultado. O querer intencional de produzir um resultado é matéria pertinente à culpabilidade, e não, à ação”.

A conduta adquire o aspecto de um axioma que se opera em detrimento de elementos psicológicos pertinentes ao agente criminoso.

Jakobs (2009, p. 191-192) resume a ideia causalista, avaliando que o aspecto externo caracteriza-se pelo injusto, enquanto o interno é a culpabilidade. Elaborou, em consonância, uma crítica razoável da teoria causalista afirmando que ela não explica os delitos tentados de maneira satisfatória, porquanto se o primeiro elemento do delito é puramente objetivo, haveria prejuízo para analisar sua vontade de maneira posterior, haja vista que o que interessaria é sua vontade.

Exemplificando, se um indivíduo deseja ceifar a vida de outrem mediante uso de arma de fogo, porém, ao invés de matar seu desafeto, apenas

produz-lhe ferimentos. O elemento objetivo aferido, com a relação de causa e efeito, foi de lesão corporal, e não de tentativa de homicídio, sendo dificultoso explicar como o elemento subjetivo, consubstanciado na vontade de matar, possa alterar o conteúdo do requisito externo.

Mirabete (2008, p. 89) vai no mesmo sentido que a crítica jakobiana, vale repetir, a dificuldade em se explicar os crimes tentados, e ainda acrescenta o obstáculo existente para se ilustrar os crimes que possuam elementos subjetivos inseridos no próprio tipo penal, como o fim especial de agir, que se encontra intrinsecamente ligado à conduta do agente e desta não pode ser desvencilhada.

Note-se, entretanto, que os próprios causalistas afastavam esses argumentos contrários. Noronha (2001, p. 98-99) entendia que a ação positiva é aquela decorrente de movimentos corpóreos, enquanto a omissão é a abstenção de movimento, porém, não há como transferir o elemento subjetivo do conceito dogmático de crime para a ação, pois, apesar desta ser dirigida a um fim, torna-se vazia a culpabilidade de elementos psicológicos que lhe são pertinentes, de modo que o local mais adequado para averiguação da subjetividade que envolve a prática delitiva deve ser a culpabilidade, e não a ação.

Noronha (2001, p. 127), ainda, igualmente em nada modifica seus ideais em relação ao crime tentado, afirmando apenas que este deve ser analisado da mesma forma que aquele consumado, uma vez que inexistiria a figura do dolo da tentativa.

Além da ação humana, figuram ainda como elementos da teoria causal-naturalista a tipicidade e antijuridicidade, que igualmente nada tem de carga subjetiva, referindo-se apenas a elementos objetivos. A primeira relaciona-se à conduta externada que se amolde a um tipo incriminador; a segunda é valorativa, porém, meramente formal, caracterizando-se apenas pela tipicidade à qual inexistia causa de justificação (BITENCOURT e CONDE, 2000, p. 18).

A ideia pode ser aclarada com mais precisão quando provém de um típico causalista, como era Aníbal Bruno (1967, t. 1, p. 335-336), ao afirmar que:

O tipo é essencialmente uma fórmula descritiva do fato punível e a este aspecto é que fazemos referência quando falamos geralmente de tipo ou de tipicidade. A fórmula a que se deve ajustar o fato para constituir crime. Mas a expressão com que a lei contrói o tipo contém implicitamente a norma, cuja violação ela define nos elementos constitutivos do fato punível. Essa expressão se transforma, assim, no meio pelo qual se manifesta o ilícito

penalmente sancionado, e a fórmula do tipo junta ao seu aspecto descritivo a sua função de forma necessária de expressão do ilícito penal. [...] Em princípio, toda ação típica é ao mesmo tempo e necessariamente antijurídica, uma vez que configura a hipótese que a lei considera punível e, portanto, juridicamente ilícita. Esta conclusão só não é válida quando, embora o fato realize o tipo penal, a lei o considera lícito.⁴

A antijuridicidade, dessa forma, era vista como uma consequência da tipicidade à qual não houvesse atribuição de uma causa de justificação que tornasse a conduta lícita. Toda e qualquer conduta criminosa é a manifestação de uma ação tipicamente ilícita. Não há uma cisão visível entre os conceitos de tipicidade e antijuridicidade, sendo que para que esta se caracterize basta a inexistência de uma causa excludente.

Jescheck e Weigend (2002, p. 217), acrescentam que:

[...] la tipicidad fue comprendida como una descripción puramente externa del hecho de la acción sin predicado valorativo alguno (por ejemplo, la muerte de una persona en la que el examen de la antijuridicidad puede mostrar que ésta constituye una acción de guerra y resulta así justificada). La valoración jurídica de este suceso debía tener lugar en el campo de la antijuridicidad y siempre desde un puntos de vista puramente objetivos. La relación entre la tipicidad y la antijuridicidad se situaba en que la primera venía a ser un “indicio” de la existencia de la antijuridicidad.⁵

Percebe-se, assim, que a antijuridicidade é apenas uma categoria formal, não constituindo um elemento primordial, senão apenas uma implicação da própria tipicidade. Esta última seria a adequação da conduta a uma descrição legislativa; a antijuridicidade era entendida como a violação normativa que decorre dessa conduta.

O causalismo, dessa forma, possuía o injusto penal consubstanciado na ação humana somada à tipicidade, ambas consistindo em elementos objetivos-descritivos, ao passo que a antijuridicidade, embora tratada como elemento à parte, era tratada como mera derivação da tipicidade, porém, não descritiva, mas valorativa.

⁴ A transcrição do trecho da obra seguiu na íntegra a ortografia relativa à data da publicação.

⁵ [...] a tipicidade foi entendida como uma descrição puramente externa da ação sem qualquer valoração (por exemplo, a morte de uma pessoa em que o exame da antijuridicidade pode mostrar que essa constitui ação de guerra e resulta, assim, justificada). A valoração jurídica deste sucesso devia ter lugar no campo da antijuridicidade e sempre em pontos de vista puramente objetivos. A relação entre a tipicidade e antijuridicidade se situava em que a primeira vinha a ser um “indício” da existência da antijuridicidade. (Tradução livre do espanhol)

Todos estes elementos juntos formam a estrutura objetiva da teoria clássica.

A culpabilidade é o último elemento da teoria causalista, e é composto pelo aspecto subjetivo.

Noronha (2001, p. 103) explica:

Além de típica e antijurídica, deve a ação ser *culpável*. Trata-se do elemento subjetivo do delito. O resultado lesivo ao direito, oriundo da ação do sujeito ativo, há de ser-lhe atribuído a título de culpa, em sentido amplo, isto é, dolo ou culpa.

Inadmissível é a *responsabilidade objetiva*, triunfante de há muito o princípio *nullum crimen sine culpa*. (Ênfases do autor)

A cisão entre objetivismo e subjetivismo outrora exposta torna-se mais clara quando apresentada a culpabilidade, elemento central dos componentes psicológicos da teoria causal-naturalista.

Somente após analisadas todas as circunstâncias objetivas é que se passava ao diagnóstico da culpa *lato sensu* do agente.

Entretanto, o apego ao cientificismo e dificuldade de valoração dos requisitos que compõem a teoria do delito igualmente tornavam penosa a graduação da culpabilidade quando da atribuição de um injusto a um indivíduo.

Nesse sentido, confira-se o magistério de Bitencourt e Conde (2000, p. 18):

Concebida [a culpabilidade] como o *aspecto subjetivo do crime*, também tinha caráter puramente descritivo, pois se limitava a comprovar a existência de um *vínculo subjetivo* entre o autor e o fato. A diversidade de intensidade desse nexos psicológico faz surgir as formas de culpabilidade, dolosa e culposa. (Ênfases do autor)

Corroborando a crítica acima apresentada, Marques (1997, p. 201), leciona:

A conduta objetivamente ilícita de que proveio a lesão a interesse penalmente tutelado só será delituosa e punível, se contiver o coeficiente subjetivo da culpabilidade. É esta que liga o fato típico e antijurídico ao homem, estabelecendo o nexos necessário entre o conteúdo objetivo da conduta ilícita e o querer interno do agente.

Percebe-se que a culpabilidade permanece em um patamar descritivo, a exemplo da tipicidade, sem valoração. Tratava-se mais de criar um liame entre a

culpa ou dolo do agente à sua conduta do que propriamente a concepção de um juízo de reprovabilidade do fato.

Porém, é compreensível que a culpabilidade integrasse um elemento meramente psicológico, mormente quando se tem em consideração que nos primórdios do Direito Penal, e até nas épocas medievais, a culpa *lato sensu* do indivíduo era desnecessária à aferição do delito, considerando-se, portanto, uma evolução se atribuir um juízo de reprovabilidade ao ato praticado, bem como a incrementação de elementos psicológicos.

Aníbal Bruno (1967, t. 2, p. 25), lecionando a respeito da concepção psicológica da culpabilidade, afirma que:

[...] a culpabilidade é uma situação interior, fase subjetiva do crime – vontade consciente dirigida no sentido do ato criminoso, ou simples falta ao dever de diligência, de que provém um resultado previsível de dano ou de perigo. Neste sentido tradicional, culpabilidade é o vínculo psíquico que prende o agente ao seu ato e o faz por êle penalmente responsável. Neste vínculo psíquico se esgota todo o conteúdo da culpabilidade, que se pode manifestar sob as duas formas – o dolo e a culpa.⁶

Entretanto, o autor ainda afirma que este conceito é insuficiente, de modo que a culpabilidade ainda abrange uma compreensão de reprovabilidade da conduta, o que incluiria aspectos como exigibilidade de conduta diversa, imputabilidade, além, é claro, da própria subjetividade (BRUNO, 1967, t. 2, p. 27-34).

Trata-se, assim, de um conceito psicológico-normativo da culpabilidade.

O causalismo, em que pese ter sido a corrente mais forte a seu tempo e embora tenha perdurado por diversas décadas, apresentava fragilidades que culminaram no surgimento de outras teorias que visaram aprimorá-lo e, outrora, até romper com seus principais elementos, como o fez o finalismo welzeliano.

2.2 Teoria Neokantiana Ou Neoclássica

Com a evolução do pensamento analítico, a teoria causalista foi aos poucos foi sendo adaptada, e encontrou em Edmund Mezger um dos principais

⁶ A transcrição do trecho da obra seguiu na íntegra a ortografia relativa à data da publicação.

expoentes do movimento neokantista ou neoclássico. Ao inaugurar a Segunda Parte de sua obra, que trata da teoria do delito, afirmou que “delito en sentido amplo es la acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena”⁷ (1946, p. 149).

O neokantismo constitui um ponto intermediário entre o causalismo e o finalismo, alterando-se parte da estrutura do delito como então era reconhecido. Para essa nova teoria, haveria três características principais do delito.

A primeira seria que o delito pauta-se sempre em uma ação. A conduta humana é o pilar ou sustentáculo primário do conceito de crime, pois sem ação, não há crime.

A segunda característica é um englobamento da antijuridicidade e tipicidade. Mezger considerava que ambas são interligadas e condicionam-se reciprocamente, sendo certo que uma ação típica somente poderia ser considerada como antijurídica se não concorresse a nenhuma causa de exclusão do injusto. A este fenômeno, o autor deu a nomenclatura de “antijuridicidade típica”. É de rigor reconhecer que à semelhança do causalismo, o neokantismo orienta-se na unificação da tipicidade com a antijuridicidade – no causalismo a antijuridicidade é vista apenas como a contrariedade à norma –, vale dizer, a conduta típica e antijurídica por constituir um juízo de proibição inteiramente englobado. Haveria apenas o afastamento da existência do crime quando da incidência de causas de exclusão de ilicitude.

A terceira característica estaria pautada na punibilidade ou imputabilidade da conduta ao agente. Entretanto, não se trata do conceito conhecido hodiernamente. Para Mezger, o conceito de punibilidade estava relacionado à culpabilidade do agente, e uma conduta típica e antijurídica, porém desprovida de culpabilidade estaria de acordo com as normas éticas de determinada sociedade no tempo e no espaço, não sendo, pois, punível. Os conceitos de culpabilidade e punibilidade se confundiam com os pregados atualmente pelos finalistas, pois se tratam de etapas distintas e, a depender do modelo adotado – bipartido, tripartido ou quadripartido –, não constituem elementos integrantes do conceito de crime, mas meramente pressupostos de aplicação da pena. Em Mezger, contudo, os conceitos se embaraçavam (MEZGER, 1946, p. 161).

⁷ Delito en sentido amplo é a ação punível entendida como o conjunto dos pressupostos da pena. (Tradução livre do espanhol)

O pilar da teoria neokantista é a ação humana, que poderia ser dividida entre delitos de ação, delitos de omissão própria e os de omissão imprópria ou comissivos por omissão (MEZGER, 1946, p. 168-172).

Os primeiros, na visão do autor, seriam aqueles nos quais a lei prevê um determinado acontecimento em razão de uma conduta humana positiva, como seria o caso do homicídio, furto etc.; os segundos referem-se àqueles casos em que se espera determinada ação em razão de uma norma de observância obrigatória, cuja ação ansiada pela lei não foi praticada pelo autor, vale dizer, o agente não agiu como deveria, o que ocorreria com os crimes de omissão de persecução penal, omissão de denúncia etc., bem como poderia ocorrer em alguns crimes que poderiam ser praticados tanto de maneira comissiva como omissiva; por fim os últimos estariam relacionados àquelas condutas que deveria ter sido observadas pelo agente que teria o dever de evitar o resultado lesivo, como seria o caso da mãe que dolosamente deixa morrer seu filho em razão de não alimentá-lo. Em todos os casos apresentados, a conduta é necessariamente humana, pois somente o homem pode agir ou omitir-se.

No mais, percebe-se que para o neokantismo o resultado está compreendido pela própria ação humana, pois ele envolve o esgotamento da realização típica. A ação compreendia uma sequência lógica baseada no querer interno do agente, na conduta que externava essa vontade, e o resultado decorrente dessa ação; a somatória da conduta corporal e do resultado externo formava a “realização típica externa”. A título exemplificativo, em um homicídio praticado com uso de arma de fogo, os atos de apontar e disparar o projétil na direção da vítima configurariam a ação humana, enquanto que o trajeto da bala, o toque no corpo da vítima e as lesões provocadas, bem como o ceifar da vida, seriam o resultado externado dessa ação (MEZGER, 1946, p. 175-176).

O conceito assemelhasse ao causalista. Conforme já debatido alhures, no causalismo a ação é a forma de externar um ânimo interno humano, provocando alterações no mundo fenomênico perceptíveis aos sentidos.

A modificação proposta por Mezger foi estruturar sua teoria de ação como um conceito jurídico-valorativo, abandonando a ideia puramente mecanicista do causalismo para transportar o conceito de ação humana para algo que infrinja a norma penal, inculcando-lhe valores.

Nas lições de Jescheck e Weigend (2002, p. 220-221), Mezger realizou uma reelaboração do conceito causal de delito para um sistema penal valorativo, tendo a ação humana passado a ser compreendida como um conceito comportamental volitivo que provoca modificações no mundo externo.

A ação delituosa, dessa forma, não é mais naturalística, revestindo-se de valoração direcionada a um agir socialmente danoso.

Basicamente, a conduta continuou sendo causal, porém, Zaffaroni (1981, p. 32), explica a inovação:

Con el surgimiento de la teoría normativa de la culpabilidad (Frank, 1907) y la introducción de los elementos subjetivos del tipo (1911) se construye un nuevo esquema del delito que lo concibe como una individualización del acto prohibido (conducta típica) y una doble desvaloración: del acto (antijuridicidad) y del autor (culpabilidad). De cualquier manera, este análisis no altera fundamentalmente el sistema “clásico” [...].⁸

A tipicidade deixou de ser aplicada meramente como o amolde de um fato à norma, para ser impregnada de carga valorativa, da mesma forma que a antijuridicidade abandonou a formalidade como violação à norma em razão da própria tipicidade, para ser analisada em um aspecto material consubstanciado na danosidade social da conduta (BITENCOURT e CONDE, 2000, p. 19).

Ademais, a tipicidade foi justamente alterada em razão do descobrimento de elementos normativos do tipo, bem como dos fins especiais de agir, o que impedia um conceito típico baseado puramente no dito mundo externo. Havia, pois, a necessidade de que a tipicidade fosse entendida de forma valorizada, vale dizer, interpretada, e não meramente como a descrição de um fato externo. Logo, conceitos como “documento”, “ultraje”, “execução forçada”, dentre outros, necessitavam ser interpretados pelo juiz, e não constituíam propriamente algo descritivo relativamente à conduta humana (JESCHECK e WEIGEND, 2002, p. 221).

Critica-se o conceito causalista de ação por não ser ele plenamente capaz de explicar as condutas omissivas e os crimes culposos, já que nestes casos não existe propriamente ação e, portanto, relação de causa e efeito direta entre a

⁸ Com o surgimento da teoria normativa da culpabilidade (Frank, 1907) e a introdução de elementos subjetivos do tipo (1911) se constrói um novo esquema de delito que o concebe como a individualização do ato proibido (conduta típica) e uma dupla desvalorização: do ato (antijuridicidade) e do autor (culpabilidade). De qualquer forma, esta análise não altera fundamentalmente o sistema “clássico”. (Tradução livre do espanhol)

conduta praticada e o resultado, já que a ação em seu caráter estrito não ocorreu. Ao afastar a ação humana de um mero resultado externado por uma conduta e transferi-los com uma carga valorativa, o autor cria um conceito de ação em sentido amplo visando a abarcar todas as espécies de condutas humanas passíveis de punição (MEZGER, 1946, p. 187-190).

A vontade do agente é analisada em dois aspectos, tanto na conduta, quanto na culpabilidade. Primeiramente, afirma-se que a conduta humana é um agir concreto direcionado a uma vontade, porém, ao contrário do finalismo idealizado por Welzel, o homem é que se coloca como causa de alcance a um resultado, sendo que a conduta humana esvazia-se de carga psicológica a ser aferida na primeira etapa da estrutura delitiva (MEZGER, 1946, p. 212).

Estas também são as lições de Prado (2011, p. 113), ao afirmar que “esse querer não tem significação psicológica alguma, não designa nenhum processo psíquico de vontade. É somente um método de ordenação impessoal (não psíquico) de dados de consciência”.

A culpabilidade é o elemento composto de carga subjetiva, porém, adquiriu um aspecto psicológico-normativo, em que não bastava a culpa *lato sensu*, mas um juízo de reprovabilidade da conduta praticada (PRADO, 2011, p. 332).

O conceito de delito de Mezger, entretanto, pode ser criticado por dois aspectos: o primeiro é o de que manteve praticamente intactos alguns pontos do causalismo, e não houve grandes modificações teóricas que pudessem solucionar os principais problemas da teoria predecessora; o segundo ponto é o da temeridade que a teoria provoca em razão de sua origem.

Hoje, é cediço e de domínio público que Mezger foi integrante do regime nazista de Hitler, e a orientação política com que elaborou sua teoria é o ponto central que permitiu a criação de uma teoria baseada no dano social que a conduta carrega consigo. Para Mezger, a conduta que causa um dano social é típica, e este foi um dos pilares nazistas em relação aos judeus e outros povos que ameaçavam a hegemonia ariana.

Todos estes povos eram considerados como a escória e causavam um dano, que merecia, assim, ser “higienizado”.

2.3 Teoria Finalista

Superada a teoria causalista, principalmente em razão de sua dificuldade em se explicar com precisão fenômenos como os crimes tentados, as omissões, bem como pelo desconhecimento dos elementos subjetivos do tipo, houve a necessidade de reformulação da estrutura do conceito analítico de crime.

O finalismo, que tem em Hans Welzel seu precursor, revolucionou o esquema delitivo, significando um rompimento estrutural para com o causalismo. Ao contrário do que ocorreu com o neokantismo, que apenas proporcionou um aprimoramento do causalismo, sem perder a essência da teoria anterior, o finalismo modificou completamente os elementos do conceito de crime.

Com o finalismo, a antiga cisão cuidadosamente delineada entre um elemento objetivo consistente na tipicidade e antijuridicidade (injusto), e outro subjetivo, consubstanciado na culpabilidade, desapareceu por completo.

Conforme será explicado posteriormente, o mérito da teoria foi transferir toda a carga psicológica dantes ocupada pela culpabilidade para a conduta humana, que passou a ser entendida como ação destinada a um fim.

Ao contrário do causalismo, que pregava um conceito formal de ação em que a vontade humana era mera voluntariedade da conduta destinada a provocar a alteração no ambiente externo, o finalismo propôs que a conduta humana é voluntária, porém, aliada à prática de uma finalidade. Dolo e culpa integram a conduta, e não a culpabilidade.

Ademais, houve a cisão entre tipicidade e antijuridicidade. Esta última, vista pelos causalistas como mera formalidade e indício daquela, passou a ter autonomia como a contrariedade ao Direito. Por outro lado, a culpabilidade, esvaziada de carga psicológica, ganhou o contorno de juízo de reprovabilidade social do ato.

O finalismo é largamente difundido no Brasil, e entre os penalistas contemporâneos parece ser a teoria mais adotada. Podem-se citar finalistas Mirabete, Damásio de Jesus, Luiz Regis Prado, Guilherme Nucci, Rogério Greco, dentre outros.

Pois bem, analisando-se a primeira modificação introduzida pelo finalismo – a ação como conduta dirigida a um fim –, Welzel (2009, p. 29) registra que:

A ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A *finalidade*, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta, designar-lhe fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. (Ênfases do autor)

Welzel rompeu com a ideia de que a ação humana é a manifestação de vontade (entenda-se essa vontade apenas como conduta voluntária) que causa uma modificação no mundo exterior, para afirmar que a conduta humana é final, vale dizer, é dirigida a uma finalidade.

O homem é um ser racional e, portanto, sua conduta é predeterminada, antecipada, de modo que é possível se saber de antemão qual será o resultado produzido por determinada ação.

Welzel (2009, p. 30) ainda arremata que o ponto central de sua teoria é a “vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal. Ela é o fator de direção que configura o suceder causal externo e o converte, portanto, em uma ação dirigida finalisticamente”.

E nem poderia ser de outra forma. O pensamento welzeliano posiciona a conduta humana não como um elemento causal de modificação do âmbito externo, pelo contrário, o homem, como ser racional, tem a capacidade de planejar suas condutas e direcioná-las para a modificação do mundo captável aos sentidos da maneira que entender mais adequada.

O agente, ao praticar determinado ato, detém o domínio do curso causal de sua ação premeditada e delineada.

Ao elaborar um raciocínio crítico, o homem tem a capacidade de preordenar seus pensamentos e criar diversas hipóteses e prever os resultados diversos em cada uma das possibilidades imaginadas. A opção por uma ou outra conduta é devidamente estudada antes da prática de determinada ação. Logo, a conduta humana sempre tem uma finalidade, e é orientada para atingir esse fim.

Já foi retratado no tópico relativo ao causalismo que para os adeptos desta teoria a conduta humana advinha da vontade, mas esta era entendida apenas como “ação voluntária”, vale dizer, o conteúdo da vontade, separado da vontade em si, era analisado na culpabilidade, e não na conduta humana.

Welzel realiza uma crítica relativa a este ponto, afirmando que em sua teoria a vontade não se confunde com voluntariedade. Para o autor, a voluntariedade é a característica da ação não forçada por fatores externos, mas a conduta voluntária é igualmente final (2009, p. 33).

Damáσιο de Jesus (2014, p. 273-274) afirma que o causalismo causava transtornos quando se deparava com determinadas situações que não podia explicar de maneira satisfatória, e por vezes equiparava resultados cujas origens eram diversas, como seria o caso de um homicídio doloso e outro culposo. Ambos produzem o mesmo resultado, porém, é o desvalor da ação que deve ser levado em consideração para a diferenciação de ambos.

Além disso, seguindo-se a lógica causalista, não seria possível estatuir-se satisfatoriamente delitos cujos resultados produzidos adviessem culposamente. Ex.: um indivíduo dispara um projétil mediante arma de fogo contra um desafeto, visando-lhe provocar lesões corporais, porém, atinge-lhe uma artéria importante, vindo a causar-lhe sangramento excessivo e, conseqüentemente, a morte.

Neste exemplo, para os causalistas, o resultado morte seria analisado e logo em seguida o tipo penal de homicídio deveria ser imputado ao indivíduo. Somente na culpabilidade seria aferido o dolo de lesão corporal, e a culpa no homicídio. Mas não há explicação satisfatória para transferir a conduta de um tipo de homicídio culposo para outro de lesão corporal dolosa qualificada pelo resultado morte.

Por outro lado, no mesmo exemplo, a teoria finalista poderia explicá-lo com propriedade, pois se a ação foi dirigida a um fim (lesão corporal), o resultado produzido mais gravoso será atribuído ao indivíduo de maneira culposa, vale dizer, a análise da conduta e de seu direcionamento é anterior ao amolde representado pela tipicidade, podendo-se encaixar a conduta praticada de forma eficaz, pois o desvalor, repita-se, não se encontra somente no resultado produzido, mas também na conduta.

O mesmo ocorre com os crimes tentados, de difícil conceituação pelos causalistas, pois a análise do resultado externado produzido pode não condizer com o dolo pretendido. Ex.: um indivíduo, visando a matar seu desafeto, golpeia-lhe com uma faca, porém, a vítima, antevendo o ataque do agressor, desvia do golpe e acaba sendo lesionada levemente. O dolo é de homicídio, que será levado a cabo

na modalidade culposa, enquanto que o resultado produzido foi de lesão corporal de natureza leve.

Observa-se, dessa forma, uma profunda modificação já em dois dos elementos que constituem a estrutura analítica do crime: tipicidade e culpabilidade. A primeira, antes puramente objetiva e desprovida de valoração, passa a possuir carga psicológica, pois a conduta é entendida como ação humana dirigida a um fim; a segunda, simultaneamente, perde seu conteúdo subjetivo e é elencada à categoria de juízo de reprovabilidade.

Essa modificação é bem observada por Damásio de Jesus (2014, p. 276) ao afirmar que “o dolo é retirado da culpabilidade, não constituindo espécie (teoria psicológica) ou elemento da culpabilidade (teoria psicológica-normativa), mas elemento subjetivo do tipo, integrando a conduta, primeiro elemento do fato típico”.

Welzel (2009, p. 54-55) também elaborou uma crítica razoável sobre a tipicidade, afirmando que o tipo é a descrição de uma conduta humana possível de ser concretizada, no caso dos delitos comissivos dolosos, ao passo que os omissivos impróprios e os culposos são tipos que necessitam ser complementados pelo magistrado. A norma penal é o conteúdo proibitivo do tipo, vale dizer, se o tipo referente ao crime de roubo descreve uma conduta de subtrair um bem móvel para si ou para outrem, mediante violência ou grave ameaça, a norma referente a este tipo é “não roube”. Esse raciocínio é o que permitiu a desenvoltura da antijuridicidade como elemento autônomo à tipicidade, entendida aquela como a contrariedade da realização de um tipo relativamente ao ordenamento jurídico analisado em sua totalidade.

A antijuridicidade passa a ser um elemento autônomo em relação à tipicidade e perde o caráter de mera contradição à norma, para ganhar *status* de contrariedade de uma conduta típica ao ordenamento jurídico. O que antes para os causalistas era mera consequência do fato típico, desvinculou-se da tipicidade para ser erigido a requisito independente.

Em Welzel (2009, p. 55), o Direito Penal pretende criar uma ordem socialmente valorosa, e a antijuridicidade representa justamente um desvalor sobre uma conduta típica, porém, sua realização ocorre tendo-se como base o ordenamento jurídico analisado em um plano geral.

Por fim, no finalismo, a culpabilidade – esvaziada de carga psicológica, conforme já mencionado – adquire um aspecto de reprovabilidade pessoal e parte de uma teoria normativa pura para explicá-la.

Welzel (2009, p. 94-95) explica que “o juízo de culpabilidade [...] lança sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver atuado corretamente apesar de ter *podido* obrar conforme a norma” (ênfase do autor). Observa-se, assim, que a culpabilidade não é observada enquanto violação à norma ou ao ordenamento jurídico, mas sim a censura sobre um ato injusto.

Explicando o acima exposto, Damásio de Jesus (2014, p. 507), obtempera:

No juízo de culpabilidade a valoração é feita da seguinte forma: o sujeito *devia* agir de acordo com a norma porque *podia* atuar de acordo com ela. No juízo de ilicitude, a situação valorativa é a seguinte: o sujeito agiu em desacordo com a norma, deixando aberta a questão: *podia* ter agido de forma diferente? (Ênfases do autor)

Essas também são as lições trazidas por Bitencourt e Conde (2000, p. 325):

A *antijuridicidade* consiste numa relação entre ação e ordenamento jurídico, que expressa a desconformidade da primeira com o segundo, isto é, a realização da vontade não corresponde objetivamente aos mandamentos da ordem jurídica. Em outros termos, a conduta realizada pelo agente não se ajusta aos mandamentos jurídicos, embora pudesse ter evitado essa ação contrária às exigências do *dever ser* do Direito, pois dele se espera uma motivação concorde com a norma legal. A *culpabilidade*, por sua vez, não se esgota nessa relação de desconformidade entre ação e ordem jurídica, mas, ao contrário, a *reprovação pessoal* contra o agente do fato fundamenta-se na não-omissão da ação contrária ao Direito ainda e quando podia havê-la omitida. (Ênfases do autor)

Evidencia-se, dessa forma, que a antijuridicidade recai sobre uma ação típica em desconformidade com o ordenamento jurídico, vale dizer, o mandamento normativo; a culpabilidade, por outro lado, reprova a conduta do agente enquanto ação injusta de (des)obediência ao Direito, quando o autor do fato poderia ter agido de outra forma.

O próprio Claus Roxin (2008, p. 59-60), embora tenha desenvolvido sua teoria funcionalista baseada nos conceitos de imputação objetiva, que serão analisados posteriormente, reconheceu méritos do finalismo em dois pontos importantes: o primeiro em relação ao reconhecimento do desvalor da ação como elemento componente do injusto penal relativamente a seu caráter volitivo (a ação é graduada, e não mecanicista); o segundo ponto de destaque versa sobre a culpabilidade com seu conteúdo normativo, esvaziada da subjetividade, que possibilitou a correta tipificação de diversos delitos desde a análise do fato típico, pois ao transferir o dolo e culpa para a tipicidade – ação direcionada a um fim –, permitiu a diferenciação de diversos crimes e a graduação conforme a culpa *lato sensu* do infrator.

A teoria finalista, dessa maneira, e resumidamente, promoveu um conceito tripartido de delito baseado na tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A primeira baseia-se na ação, resultado, nexos de causalidade e tipicidade *stricto sensu*, tendo a conduta humana carga psicológica no sentido de ser dirigida a uma finalidade; a segunda, cingida da primeira, como dantes promoviam os causalistas, passou a ser considerada como a contrariedade de uma conduta típica ao ordenamento jurídico; e a última foi esvaziada de subjetivismo e passou a ser valorativa e avaliada como a censurabilidade do injusto.

2.3.1 Críticas

O finalismo, como toda teoria, não esteve imune às críticas, sofrendo forte resistência dos clássicos pelo período em que esta teoria dominou os penalistas. Como toda nova teoria, e principalmente por ser revolucionária ao modificar a estrutura do delito como era então conhecida, não é de se estranhar a repulsa inicial promovida pelos defensores do causalismo.

Welzel (2009, p. 43-50) reconheceu e contrariou duas críticas apresentadas à sua teoria do fim da ação. A primeira dizia respeito que seu esquema desprezava o fato de que a ação causal nunca desprezou a vontade como elemento integrante da conduta, argumento rechaçado pelo citado autor ao afirmar que, na verdade, os causalistas modernos apenas reinterpretavam a teoria

originalmente disposta com o fim de readequar e explicar questões falhas da teoria clássica.

O autor afirmou que a orientação da vontade sem analisar seu conteúdo, como pretendiam os causalistas, é um contrassenso, pois somente com a antecipação do resultado pretendido e a configuração do sequenciamento de atos que levaram a sua produção é que se viabiliza a realização de um desvalor da ação.

A segunda crítica refere-se ao fato de que os causalistas denominaram o conceito finalista de Welzel como “final-subjetivo”, determinando um sentido social de maneira unilateral. O autor da teoria finalista, entretanto, afirma que o sentido social de uma conduta também é definido pela vontade do agente.

Outra crítica foi a apresentada por Aníbal Bruno (1967, t. 1, p. 290), quando este argumentou que:

Se finalidade é dolosidade e o dolo é, portanto, elemento da ação, o fato culposos, onde não há ação dirigida ao fim punível, fica fora desse conceito. Na culpa, há um simples acontecer causal, em que o resultado típico não pertence, como fim visado, ao querer do agente. A vontade que orienta o comportamento do sujeito não se dirige ao acontecer punível.

Todavia, em resposta aos críticos como Aníbal Bruno, Damásio de Jesus (2014, p. 507-508) observa que no que tange à culpabilidade para os crimes culposos, inicialmente, Welzel teria contemplado que resultavam de um desvio finalista, porém, a inevitabilidade acarretava na transferência da valoração à culpabilidade, e não à tipicidade. Reconhecendo o equívoco humildemente, o autor da teoria finalista modificou-a no sentido de que o objetivo do agente nos crimes culposos é irrelevante, inexistindo um nexo de finalidade que direcione as condutas culposas, que ganham o aspecto normativo.

Frederico Marques (1997, p. 71-73), causalista como o foi, criticou a teoria finalista da ação ao afirmar que esta não trouxe qualquer benefício à teoria do crime, pelo contrário, argumentou que a antecipação do elemento subjetivo, antes incluso na culpabilidade, para ser transferido à tipicidade não permite a unificação de todos os tipos de crimes em uma teoria única, pois haveria a exclusão dos crimes culposos do conceito (mesma crítica apresentada alhures por Aníbal Bruno). Acrescentou, ainda, que a teoria de Welzel deturpa a integridade da teoria clássica,

misturando os elementos objetivos e subjetivos ao romper a cisão clara que havia entre os naturalistas.

Uma crítica atribuída por Juarez (2003, p. 152-153) ao finalismo consiste nas causas de justificação. Welzel elaborou toda sua teoria orientando a conduta humana direcionada a um fim, porém, com as causas de justificação há um problema quando inexistente o elemento subjetivo orientando um agir consciente e dirigido ao fim de se defender.

Exemplificando, cogite-se do indivíduo que, estando na iminência de ser golpeado com um facão, saca um revólver e dispara um projétil em seu agressor, que vem a óbito. Há a necessidade de que esse agir defensivo seja consciente e dirigido ao fim de se defender? Mais, se o indivíduo, embora presentes todos os requisitos objetivos da causa justificante, atire sem a intenção de se defender, deveria responder pelo homicídio do agressor inicial? São questões que o finalismo não traz resposta.

Outra crítica que deve ser anotada é que no que tange aos delitos tentados, o finalismo apenas aparentemente solucionou o problema gerado pelo causalismo. Welzel afirmou que o agente detém o domínio do curso causal de sua ação, direcionando-a a um fim. Entretanto, nos crimes tentados, esse domínio é rompido, pois se houvesse pleno controle do mesmo, o delito teria sido consumado.

Além disso, ao se valer da adequação social e do princípio da insignificância, Welzel necessitou incluí-los em sua teoria a fim de afastar a incidência de crimes formais, porém, que não possuam relevância. Ocorre que a dogmática não é a mais adequada, pois é o desvalor da ação que deve ser considerado, e não a denominada tipicidade material.

Welzel considerou que determinadas condutas insignificantes, embora formais, não são materialmente típicas, de modo que não são abarcadas pelo tipo incriminador. Ocorre que o autor equivoca-se ao transferir a não lesividade ao tipo, pois é a relevância da ação a forma mais correta de se explicar tal fenômeno.

Sua teoria, entretanto, representou um grande avanço, pois ao valer-se das ideias de que conduta humana é sempre direcionada a uma finalidade, à exceção das condutas culposas, que têm caráter normativo, conseguiu explicar de forma prática os crimes tentados e omissivos, proporcionando uma análise adequada do conteúdo da ação, compreendida como um ato de vontade e

antecipação dos resultados. A praticidade do finalismo com uma dogmática defeituosa, por outro lado, foi o que o levou a severas críticas.

O finalismo, todavia, permitiu a realização de valoração sobre a conduta humana, que deixou de ser vista meramente como o ato provocador de um resultado que modifica o ambiente externo.

A ação humana, entendida como destinada a uma finalidade, permite a correta adequação típica, pois os meios empregados durante o curso do *iter criminis* são relevantes para a produção do resultado, o que não se permite analisar pelo causalismo.

A nova teoria, dessa forma, com certeza proporcionou enormes avanços em relação à anterior, não somente na retirada dos elementos subjetivos contidos na culpabilidade para transferi-los à tipicidade, como também para atribuir à antijuridicidade autonomia em relação àquela, já que antes era vista somente como a violação normativa.

Como toda tese, as imperfeições ou dificuldades de explicar determinados fenômenos, ou ainda a necessidade de atribuir uma função ou objetivo à teoria ocasionou no surgimento de uma outra, que ainda engatinha em terras brasileiras, porém, já vem ameaçando o monopólio finalista, mormente quando se tem em mente que muitos criticam o finalismo por possuir respostas práticas para explicar alguns fatos, porém, sem a dogmática adequada a tanto.

2.4 Abordagem Inicial Da Teoria Funcionalista

Mais recentemente, por volta da década de 70, surge a teoria funcionalista elaborada por Claus Roxin e, em outra vertente, Günther Jakobs. Ambas divergem rigorosamente em seus estudos e conceitos, porém, trazem em comum uma nova visão do conceito teórico de delito analisado à luz da função do Direito Penal.

Sem adentrar nas teorias propriamente ditas, cujo estudo minucioso ficará a cargo do Capítulo 5 deste ensaio monográfico, o funcionalismo penal surge como uma forma de substituição ao finalismo elaborado por Welzel sem, contudo, desconstruir plenamente suas bases.

Não há pelos funcionalistas, por exemplo, a negativa de que a ação humana é direcionada a um fim, entretanto, a crítica dos funcionalistas, basicamente, é a de que a teoria descrita por Welzel é estanque.

O finalismo não resolveria as mazelas sociais e tampouco explicaria a função que o Direito Penal exerce, pelo que seria vazio com o atual conceito analítico de crime.

Os funcionalistas buscam através da função do Direito Penal – cada teórico à sua maneira – explicar o sentido do delito.

Roxin (2008, p. 80) explica que:

[...] não se pode caracterizar o ilícito penal através de categorias como a causalidade ou a finalidade. O ilícito nem sempre é realizado final ou causalmente, como o provam os crimes omissivos. E ainda onde tais estruturas se apresentam, falta-lhes a referência ao direito penal, de modo que elas não bastam para caracterizar aquilo que há de jurídico-penalmente relevante em uma ação típica. Pelo contrário, tanto o injusto culposos, como o omissivo, na perspectiva de um sistema jurídico-penal funcionalista, são o resultado de uma imputação que se processa de acordo com critérios jurídicos. Os problemas da teoria causal e final da ação acima expostos perdem, de antemão, seu objeto.

O funcionalismo ainda encontra sérias restrições entre os estudiosos do Direito Penal, apesar de vir ganhando alguns adeptos, mas, como toda teoria inovadora, é severamente criticada.

Suas pilastras orientam-se no sentido de que o delito não pode ser analisado apenas como algo formal, que deva cumprir rigorosamente os requisitos do fato típico, antijurídico e culpável, mas sim orientar-se em torno das funções do Direito Penal e se de fato esta área preocupa-se ou não com o evento ocorrido.

E a análise da função do Direito Penal é exatamente o motivo existencial do Capítulo 3, deste trabalho, que estuda a função da pena sob os aspectos preventivos geral e especial, bem como pela retribuição.

Através da função da pena é possível observar o porquê da existência do Direito Penal como um meio de contenção ou controle social, ou simplesmente de manutenção da paz ou das expectativas sociais de que a norma não será violada.

De qualquer forma, esses estudos serão dissecados em momento oportuno nos tópicos que se seguem.

3 A FUNÇÃO DA PENA

O conceito e função da pena não podem ser definidos com acuidade e exatidão, mormente quando se analisam os diferentes aspectos sociais, culturais, históricos e até circunstanciais de determinado Estado no tempo e no espaço.

Todavia, no que tange à pena enquanto elemento integrante do ordenamento jurídico, há a necessidade de sua delimitação e análise da função que ela exerce sobre os cidadãos subordinados à norma e eventual sanção no caso de transgressão a tal norma. Pena e Direito Penal estão umbilicalmente conectados, e a função daquela exprime os anseios deste.

A pena evidentemente deve ter uma função, ou sua existência por si só seria inócua. Seria um contrassenso impor uma pena, qualquer que seja, caso esta não tivesse uma função. O Direito Penal só deve interferir na vida do cidadão em casos de relevância e quando a ordem social esteja abalada a justificar essa intervenção.

A imposição de uma pena a um indivíduo é decorrência lógica da violação de uma norma abstratamente prevista e cujo fato concreto a ela se amolde.

A reação estatal ao aplicar a sanção ao transgressor, dessa forma, é natural, mas a função que esta mesma sanção exerce sobre o indivíduo ou sobre a população de forma indeterminada é que se torna o cerne de toda a discussão.

Teria a pena a função de evitar novos delitos, de ressocializar o indivíduo ou de apenas retribuir o mal causado por outro?

A discussão é necessária neste trabalho em razão da análise da função que o Direito Penal exerce. A pena é a consequência da violação normativa, e não há como se negar isto, pois sem a prática de um fato típico, antijurídico e culpável, o Direito Penal não atuará.

No presente capítulo serão apenas expostas as principais teorias correspondentes, bem como as críticas apresentadas a cada uma delas. Não se nega que nenhuma delas atinge a perfeição, porém, será esclarecido o porquê da seleção da prevenção geral positiva como a melhor dentre todas, refinando-se seu conteúdo apenas no capítulo seguinte.

Grandes nomes doutrinários já tentaram ao longo dos tempos definir qual é a função da pena e o que ela exerce sobre o indivíduo ao qual é imposta e à sociedade sujeita às normas abstratas. Não há consenso sobre a temática.

3.1 A Função Da Pena Como Prevenção

Dentre as várias teorias existentes sobre a temática da finalidade da pena, é de máxima importância o estudo e análise das denominadas teorias relativas ou da prevenção.

Para os que adotam as teorias relativas da pena, a função desta seria sempre uma forma de prevenir a prática delituosa, vale dizer, evitar que infrações venham a ocorrer, muito embora o objeto e o destinatário desta prevenção variem conforme suas diversas subdivisões, que serão devidamente dissecadas nos próximos tópicos.

Entretanto, todas têm em comum o fato de que sua análise produz efeitos prospectivos, ou para o futuro, pois para os adeptos dessa teoria preventiva, a pena possui o escopo da evitação de condutas porvindouras.

Nesse sentido, colha-se o seguinte excerto doutrinário (SOUZA, 2006, p. 75):

De acordo com as teorias preventivas da pena, diferentemente da teoria retributiva que visa basicamente, retribuir o fato criminoso e realizar justiça, a pena serviria como um meio de prevenção da prática do delito, inibindo tanto quanto possível a prática de novos crimes, sentido preventivo (ou utilitarista) que projeta seus efeitos para o futuro (*ne peccetur*).

Desta forma, a função da pena para os adeptos da teoria preventiva não é retribuir um mal causado por outro, em típica função de vingança pública, mas apenas evitar – e não impedir plenamente – a ocorrência de delitos.

3.1.1 A prevenção geral

O modelo de prevenção pode ser subdividido em dois grandes conceitos: prevenções geral e especial.

A primeira, que será devidamente discorrida neste tópico e subtópicos, é aquela que trata da função da pena como forma de prevenção direcionada a todos os sujeitos subordinados à norma penal, de maneira indeterminada.

Não se trata de pinçar um ou outro indivíduo e tratar da pena aplicada a este ou aquele cidadão e evitar que pratiquem determinados fatos tidos por criminosos, mas sim orientar todo um sistema jurídico-penal em que a autoridade estatal seja emanada de maneira abstrata e genérica e imposta a todos os membros de determinado grupo social.

Por outro lado, a prevenção especial, que será tratada em tópico à parte, é aquela destinada não à coletividade, mas ao sujeito infrator da norma. Trata-se de prevenção direcionada ao evitamento da ocorrência de futuros delitos por parte de um indivíduo desviado que já tenha violado a norma.

A prevenção especial, desta forma, age senão quando a prevenção geral falhou: a norma foi violada, devendo então o Estado agir para prevenir que aquele indivíduo específico volte a delinquir.

3.1.1.1 A prevenção geral positiva

A prevenção geral, entendida como aquela destinada à população abstrata sujeita à norma penal, pode ser subdivida em positiva e negativa.

É inegável se atribuir a Émile Durkheim, em sua obra *De la division du travail social*⁹, publicada em 1893, a ideia precursora da prevenção geral positiva. Não havia a delimitação da teoria nos moldes atuais, mas Durkheim já elaborava as bases do funcionalismo penal que décadas mais tarde seria reforçado por tantos outros estudiosos das ciências penais.

⁹ A obra original do autor foi escrita em seu idioma natal, o francês. A obra utilizada como referência bibliográfica nesta monografia é uma de suas várias edições traduzidas para a língua inglesa.

Nesse sentido, Durkheim (2014, p. 83) leciona:

[...] Although it [the punishment] proceeds from an entirely mechanical reaction and from an access of passionate emotion, for the most part unthinking, it continues to play a useful role. But that role is not the one commonly perceived. It does not serve, or serves only very incidentally, to correct the guilty person or to scare off any possible imitator. From this dual viewpoints its effectiveness may rightly be questioned; in any case it is mediocre. Its real function is to maintain inviolate the cohesion of society by sustaining the common consciousness in all vigor. If that consciousness were thwarted so categorically, it would necessarily lose some of its power [...].¹⁰

A prevenção geral positiva, que tem como um de seus grandes defensores Günther Jakobs, é aquela em que a pena é um instrumento de validação e garantia de eficácia da norma penal.

A pena não tem por função retribuir o mal causado e tampouco de causar pressão social a fim de evitar a prática de infrações. A única função da pena, desta forma, é garantir a eficácia da norma, vale dizer, comunicar à população a presença do Estado, que imporá a medida adequada na eventualidade da norma penal ser transgredida.

Dessa forma, inexistente atualmente a denominada “vingança pública”, em que a pena era aplicada pelo soberano sob o pretexto de atuação em nome da divindade, e cuja função era meramente retribuir um mal causado por outro. Para a prevenção geral, esta acepção não tem sentido.

Não se nega, entretanto, que a pena acarrete alguns desses efeitos, todavia, esta não é sua função existencial.

Nesse sentido, são as lições de Jakobs (2009, p. 21):

[...] o injusto é um mal e o dever do agente de arcar com os custos também é um mal, mas, apesar disso, a pena não pode ser definida como infligência de um mal em razão de um mal cometido: seria absurdo “querer um mal simplesmente porque um outro mal já existe”, e essa sequência de atos maus somente caracteriza a pena segundo seu “caráter superficial”. A pena deve ser positivamente definida: ela é a demonstração da eficácia da norma às expensas de um responsável. Disso resulta um mal, mas a pena não

¹⁰ Embora ela [a pena] proceda a uma completa reação mecânica e a um acesso de emoção passional, para a maior parte irracional, ela continua a desempenhar um papel útil. Mas esse papel não é o comumente compreendido. Ele não serve, ou serve apenas incidentalmente, para corrigir a pessoa culpada ou para afastar qualquer possível imitador. Por este duplo ponto de vista, sua efetividade pode ser questionada; em qualquer caso é medíocre. Sua real função é a de manter inviolável a coesão da sociedade sustentando a consciência comum em seu pleno vigor. Se essa consciência for frustrada grandemente, perderia necessariamente seu poder [...]. (Tradução livre do inglês)

cumpra sua função já com esse efeito, mas somente com a estabilização da norma violada. (Original não grifado)

O aludido autor, considerado como um dos maiores defensores da prevenção geral positiva, admite que a pena causa um mal e que o injusto penal igualmente é um mal em si, e seria até ilógico afirmar o contrário. A pena nunca é a melhor opção.

Em um mundo ideal não haveria transgressões às normas e todos os indivíduos atuariam dentro dos planos morais e éticos mais evoluídos, e o Direito Penal não necessitaria existir.

Essa visão utópica, entretanto, não ultrapassa os limites da fantasia, pois no mundo fenomênico a norma é constantemente infringida, e a aplicação da pena é consequência lógica dessa violação.

A função da pena, contudo, não é causar este mal, pois este é mera consequência de sua imposição ao indivíduo infrator da norma. Primordialmente, a pena exerce atribuição de garantir a eficácia da norma penal.

A prevenção geral positiva, dessa forma, acarreta inequivocamente ao entendimento de que o Direito Penal parte da premissa da autopoiese, em que a pena visa a garantir a eficácia da norma penal violada, e a mesma norma tem como consequência lógica a aplicação da pena. É um ciclo constante em que o Direito Penal se autoalimenta.

Além disso, esta eficácia normativa é garantida com a aplicação da pena por intermédio da estabilização da norma, pois a confiança da população no Estado enquanto mantenedor da segurança social, é resguardada. A confiança estará abalada, por outro lado, quando a pena não for aplicada.

Nesse sentido, são as lições doutrinárias (SOUZA, 2006, p. 78):

Esta teoria [da prevenção geral positiva] centra-se, basicamente, na ideia de afirmação simbólica da validade das normas pela pena, ou realização da eficácia estabilizadora da norma por meio da sua aplicação, que favoreceria o processo de integração social, restabelecendo a confiança institucional quebrada pelo desvio, porquanto, se a violação das leis penais provoca abalo na consciência jurídica dos indivíduos, esta cessaria com a reafirmação da validade da norma infringida, por meio da aplicação e execução da pena. (Ênfases do autor)

Acrescente-se a isto as lições de Jakobs (2009, p. 32):

A proteção se dá por intermédio da validação da confiança daqueles que confiam na norma. A validação não tem por conteúdo a afirmação de que

ninguém mais voltará a violar a norma, pois a pena intimidaria potenciais delinquentes, tampouco se trata de um prognóstico especial acerca do comportamento futuro do agente. Os destinatários da pena não são, primariamente, apenas algumas pessoas consideradas enquanto agentes potenciais, mas todas as pessoas, pois, visto que ninguém pode prescindir das interações sociais, todos precisam saber o que podem esperar de tais interações. Nesse sentido, a pena é aplicada no intuito de *exercitar a confiança normativa*. (Ênfases do autor)

A prevenção geral positiva não visa à imposição da pena como sanção pela transgressão da norma – não diretamente ou como função primordial. A pena em si é a demonstração estatal de sua força e presença no seio social. Todo crime acarreta a quebra de confiança no Estado, que é o garantidor da segurança pública, já que há muito tempo foi abandonada a ideia da vingança privada.

A pena, dessa forma, visa à correção desse abalo social que o crime acarreta, reestruturando a confiança no Estado por meio da reafirmação da norma violada.

Günther Jakobs (2009, p. 23) ainda cria uma delimitação no que tange às expectativas. O autor afirma que existem dois objetos a que se referem as expectativas que os seres humanos criam.

O primeiro deles consiste no fato de que todos os indivíduos têm o direito de se organizar no seu íntimo e espera-se que assim o façam. Todos os cidadãos possuem sua própria organização, de modo que seria impossível controlar todas as esferas organizadoras, e é nesse ponto que age a expectativa dentre os próprios indivíduos de que o outro não violará a norma, prejudicando, assim, terceiros.

A manutenção de sua própria forma de organização é um direito do cidadão, mas a norma penal visa a criar a expectativa de que essa esfera de atuação não será por demasiado ampla que venha a invadir a esfera de outrem. A norma penal, dessa forma, atua como uma via de garantir a eficácia dessas expectativas, uma vez que limita a esfera de atuação individual. Logo, pode-se dizer que o primeiro objeto do estudo da expectativa normativa de Jakobs é horizontal, valendo para todos os indivíduos que estejam no mesmo plano.

Por outro lado, o segundo objeto dessa expectativa consiste no fato de que o mundo em que os seres humanos vivem está pré-moldado, contendo instituições já consolidadas que controlam e limitam o âmbito de vida social. A expectativa é voltada para o funcionamento dessas instituições, que estão

constantemente conectadas com a esfera organizacional dos cidadãos. Pode-se afirmar, assim, que se trata de uma expectativa vertical, do cidadão para a instituição.

O primeiro objeto da expectativa tem um conteúdo negativo, vale dizer, todos os cidadãos esperam que não haja a invasão da esfera de organização por terceiros, enquanto que o segundo objeto da expectativa é positivo, pois se espera que as instituições consolidadas venham a funcionar regularmente e garantir a eficácia da norma. A violação da primeira acarreta na prática de crime denominados de “crimes de domínio” ou “crimes por responsabilidade por organização”; a transgressão da segunda expectativa ocasiona na prática de “crimes de infração de dever” ou “crimes por responsabilidade institucional”.

Frise-se ainda que a relevância do Direito Penal impede que a violação da expectativa seja de interesse meramente privado, sem repercussões proeminentes no seio social. Conforme lições de Jakobs (2009, p. 24), o interesse deve ser de ordem pública:

[...] as frustrações exclusivamente individuais das partes do contato social não são assunto público e, conseqüentemente, não ensejam reações estatais. [...]. Apenas são jurídico-penalmente garantidas aquelas normas cuja observância para a manutenção da organização social essencial. Por isso, a frustração, o conflito e a exigência de uma reação em caso de violação normativa não podem ser interpretadas como experiências do sistema individual do “homem singular”, devendo ser compreendidas como eventos no sistema social de referências.

A violação da norma gera a imposição da pena como forma de garantir a eficácia dessa mesma norma, conforme já explicitado. Todavia, não é toda e qualquer transgressão da norma que acarreta inequivocamente na frustração de uma expectativa que acaba por desencadear a reação estatal. Somente aquelas infrações que afetam as expectativas sociais devem ensejar a repressão, ao passo que as frustrações particulares devem ser afastadas.

O Direito Penal não se preocupa com meros dissabores cotidianos, mas somente com o abalo significativo de relações complexas que desestabilizem a estrutura social, ensejando, assim, a ruptura da expectativa ou confiança na validade normativa.

De tudo o que fora exposto, resta claro ainda que os adeptos da prevenção geral positiva negam o bem jurídico como objeto de tutela do Direito

Penal. Muito se afirma que o legislador elenca determinados bens jurídicos ao elaborar a norma penal, selecionando os valores mais relevantes de determinada sociedade analisada nos planos temporal e espacial e, então, cria tipos penais incriminadores que repreendam condutas que violem esses mesmos bens jurídicos.

Entretanto, ao se afirmar que a pena é consequência lógica da violação normativa e que visa à garantia da eficácia desta, está-se negando que o Direito Penal proteja bens jurídicos, pois a aplicação da pena ocorre em momento posterior à violação normativa. Se a função da pena fosse realmente proteger bens jurídicos, ela atuaria como forma de evitação de maneira absoluta a conduta violadora.

Todavia, como se pode afirmar que o Direito Penal protege bens jurídicos se a aplicação da pena é posterior à transgressão da norma, vale dizer, quando este mesmo bem jurídico já foi lesionado? Para os adeptos da prevenção geral positiva, a pena visa apenas a garantir a eficácia da norma, e não à proteção de bens jurídicos.

Nesse sentido, Jakobs (2009, ps. 26-27):

[...] não se deve considerar a evitação de lesões de bens jurídicos como função da pena. Sua função é, antes, a confirmação da eficácia da norma, devendo a eficácia ser equiparada ao reconhecimento. O reconhecimento de que a norma será violada pode também ocorrer na consciência; nesse caso, a expectativa (aquela do agente futuro também) é no sentido de que a violação normativa por parte do agente será, então, novamente confirmada como razão do conflito, mas não a confiança normativa da vítima. Em todo caso, a pena faz com que a norma continue sendo efetivamente um modelo idôneo de orientação.

Dessa forma, a pena não protege a integridade física, a liberdade de locomoção, a vida, a saúde, a moral pública, os costumes etc. A pena garante a eficácia da norma penal, e o Direito Penal intervém em conflitos de relevância social, e não meramente individual.

Outrossim, a norma penal é criada para casos de aplicação da pena quando o fato violador ocasionar uma quebra da confiança na eficácia normativa. A pena, e o Direito Penal como um todo, atuam como forma de manter a expectativa de que os bens jurídicos não serão violados, e não protegê-los.

3.1.1.1.1 A prevenção geral positiva fundamentadora e limitadora

Cumpra ainda destacar uma última distinção dentro da própria teoria da prevenção geral positiva: sua divisão em ideia fundamentadora e limitadora.

Conforme lições doutrinárias (SOUZA, p. 79-80), a prevenção geral positiva ainda se divide em fundamentadora e limitadora. A primeira, e que será destacada neste tópico, é aquela defendida por Jakobs e Hans Welzel, em que a pena visa à garantia da eficácia normativa, conforme já explicitado no tópico anterior.

A pena não tem a função de reprimir a prática delitiva e tampouco de tentar ressocializar o infrator da norma, mas tão-somente garantir a eficácia normativa e estabilizar as relações sociais com a aplicação da pena, em demonstração da eficácia da norma abstrata.

Por outro lado, a prevenção geral positiva limitadora também parte deste mesmo raciocínio: a pena visa à garantia da eficácia da norma. Porém, traz em seu bojo alterações que a diferenciam da prevenção geral positiva fundamentadora.

A prevenção geral positiva limitadora, que possui Hassemer como um de seus principais defensores, é aquela em que a pena, além de garantir a eficácia normativa, também deve vir cercada de garantias ao infrator, bem como assegurar e respeitar os interesses da vítima, tratando o Direito Penal como uma forma de controle social.

Hassemer critica severamente a prevenção geral negativa, afirmando que a mera intimidação da comunidade por meio da ameaça da pena é insuficiente para projetar um modelo acerca da funcionalidade da pena. Cria-se um sistema de controle social baseado no tripé composto pela norma, sanção e processo. Essa triangulação estabelece que o sentido de que a sanção somente possui sentido prático quando faz referência à norma jurídica à qual se encontra conexas, partindo da premissa de que o sentido social da pena é dirigido à norma, pois a pena confirma a validade da norma. Entretanto, o processo faz-se necessário como sendo o instrumento de efetivação do controle social (HASSEMER, 2005, ps. 412-414).

Hassemer (2005, p. 415), ainda arremata:

A norma define a conduta desviante como criminosa, a sanção é areação ligada ao desvio, o processo é o prolongamento da norma e da sanção à realidade. O Direito Penal é *uma forma de transformação social dos conflitos desviantes*. Por isso ele reage também com as tarefas que o controle social cumpre em nossa vida cotidiana. Ele assegura as expectativas de conduta, determina os limites da liberdade de ação humana, é um meio de desenvolvimento cultural e socialização.

Para o supracitado estudioso, o Direito Penal atua como forma de controle social na medida em que através do processo a pena pode confirmar a validade da norma penal transgredida. Além disso, cumpre a função de limitar a atuação individual e transmudar os valores sociais, sendo, pois, um meio de transformação social.

3.1.1.1.2 Críticas

A prevenção geral positiva, em que pese os grandes nomes que a defendem, obviamente não está imune às críticas.

Dentre os maiores ataques daqueles que se opõem à aludida tese, está o fato de que não há, na maior parte dos casos, resultado prático em se afirmar que a pena visa à confirmação da validade normativa, já que a norma é constantemente infringida.

Ora, se a norma penal abstrata é efetiva e frequentemente desrespeitada, inexistente eficácia normativa a ser observada ou garantida, porquanto ainda que a pena venha a ser impingida ao delinquente, a norma permanece sem o seu vigor assegurado.

Ademais, ao apenas confirmar a validade da norma, a pena perde seu sentido prático, haja vista que deixa de analisar as causas, motivos e circunstâncias que envolvem a conduta delitiva, bem como a proteção das vítimas reais, para apenas proteger o valor de uma norma penal abstrata. A pena, portanto, não se direciona à solução dos problemas sociais genéricos ou específicos do indivíduo, mas somente à proteção legislativa (SOUZA, 2006, p. 94-95).

A crítica à teoria da prevenção geral positiva destina-se ao fato de que a pena, nos moldes da teoria de Jakobs, visa apenas à proteção do ciclo da autopeiose, em que a pena visa a conferir eficácia à norma, e esta, ao ser violada, acarreta na desestabilização da estrutura social, que é restabelecida com a aplicação da pena.

Esse circuito percorrido entre a norma violada e a pena visando a dar-lhe eficácia, para os críticos, não possui sentido prático, uma vez que não é um modelo de orientação seguro e eficaz ao combate da criminalidade, e tampouco se presta à orientação de condutas a serem observadas pelos destinatários da norma.

A pena, pela teoria preventiva geral positiva, apenas garante a estabilização da norma, sem a ocorrência de nenhum efeito sobre o infrator da norma ou a vítima.

Logo, a teoria da prevenção geral positiva acarreta apenas na solução relativa dos conflitos, e não em sua prevenção, muito menos atacando diretamente o foco das mazelas sociais que circunscrevem os efeitos e danos sociais que a prática delitiva acarretam no mundo fático.

3.1.1.2 A prevenção geral negativa

Ao contrário da prevenção geral positiva, cuja premissa é a de que a pena tem como função assegurar a eficácia normativa, a prevenção geral negativa igualmente institui uma forma de prevenção da criminalidade, porém, por via diversa.

Nesta teoria, a pena não visa à garantia da eficácia da norma penal abstrata, mas sim coagir os subordinados a esta norma, impondo-lhes o receio da prática delitiva enquanto a pena opera a repressão à conduta praticada.

Sobre essa teoria, Jakobs (2009, p. 42) ensina:

Mas, na prevenção geral, existe também a ideia de que a função da pena seria a intimidação de agentes potenciais. Nessa variante da prevenção geral, não se trata do significado expressivo como oposição à violação normativa, mas sim do caráter drástico do sofrimento próprio à pena como consequência de um comportamento violador da norma: *prevenção geral negativa*. A formulação mais conhecida à teoria da prevenção geral negativa se deve a *Feuerbach*, não como teoria da pena, mas da ameaça punitiva por meio de leis penais (teoria da “coação psicológica”). (Ênfases do autor)

Dentre os adeptos da prevenção geral negativa, um dos grandes nomes foi o alemão Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833), que preconizava que o Estado deveria garantir a coexistência entre os homens de maneira organizada sob um manto constitucional.

As lesões jurídicas contradiriam os objetivos do Estado enquanto mantenedor das relações sociais, e àquele competiria instituir meios de coerção física prévios e posteriores à violação da norma. O próprio autor reconhece, entretanto, que a coação física é insuficiente, pois se anterior ao fato só seria viável quando o Estado possuir meios para se verificar a certeza ou ao menos a probabilidade da ocorrência da lesão, ao passo que nos casos de lesões já consumadas, a coação física posterior só seria eficaz no caso de haver um bem para reparar o dano. A proteção de direitos irreparáveis, portanto, torna-se inviável, pois depende do conhecimento prévio e eventual da ocorrência da lesão; igualmente, a proteção de direitos reparáveis é ineficaz, posto que comumente estes direitos tornam-se irreparáveis (FEUERBACH, 1989, p. 58-59).

Se a coação física estatal é insuficiente, a ideia da prevenção geral negativa, portanto, é impingir à sociedade a coação psicológica de que as condutas que eventualmente violarem a norma penal serão repreendidas.

Nos ensinamentos doutrinários (SOUZA, 2006, p. 77), a teoria da prevenção geral negativa traz a pena como uma:

[...] ameaça da lei contra os cidadãos para que se abstenham de cometer crimes, uma coação psicológica que pretende evitar o fenômeno delitivo, pois diante da ameaça penal e, ponderando a racionalidade do indivíduo, pode este ser persuadido a pensar que não vale a pena praticar o crime porque poderá ser castigado. Em resumo, esta concepção encontra-se centrada na ideia de *intimidação coletiva* por meio da cominação abstrata da pena, que produziria uma *contra-motivação* aos comportamentos ilegais. Este esquema encontra respaldo na intimidação por meio da gravidade da cominação penal abstrata, na condenação criminal e intensidade da persecução criminal, visando à aplicação da pena. Com base na prevenção geral negativa o legislador aumenta ou comina sanções severas, acreditando ser possível reduzir a criminalidade, e é com a mesma intenção, que o Juiz imporá penas exemplares, desvinculadas da culpabilidade ou de qualquer garantia. (Ênfases do autor)

Vê-se que a prevenção geral negativa tem na pena uma forma de coagir psicologicamente os destinatários da norma penal, ameaçando-os da aplicação de uma sanção conforme a norma seja transgredida. Dessa forma, o

indivíduo é intimidado, pois a inclinação para a prática delitiva é repelida na mesma proporção em que a ameaça de aplicação da pena torna-se mais evidente.

Esse ideal já fora proposto por Feuerbach (1989, p. 60-61):

Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa *que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho.*¹¹ (Ênfases do autor)

É óbvio que a sensualidade de que trata Feuerbach não possui conteúdo sexual direto, mas se relaciona à apreensão pelos sentidos. Para o autor, o ser humano possui um determinado prazer e benefícios ao praticar determinado fato, ao que caberia ao Estado criar a pena de maneira que os males causados por esta se sobreponham à satisfação alcançada com o ato delituoso.

Para Hungria (1940, p.112), a pena é sempre uma ameaça:

A pena, antes de ser *repressão individual, é prevenção geral*: é um fator intimidativo, isto é, a certeza de sua aplicação cria, no mecanismo psíquico dos indivíduos um *motivo inibitorio*, um contra-motivo á ação criminosa. Os *saudosistas* da Escola Positiva teimam em dizer que a existencia mesma do crime é a prova de que a ameaça penal é inocua; mas é que eles sabem ser impraticavel a contagem dos que deixam de ir até o crime *formidine poenae*... E' incontestável que os homens, em geral, se intimidam com a ameaça da pena. Uns mais que outros. A alguns será mesmo necessario fazer-se o que se faz ao gato, que para temer a simples *agua fria* precisa de ser, antes, *escaldado*. Todos, porém, se intimidam.¹² (Ênfases do autor)

Entretanto, não é somente a cominação abstrata da norma que acarretará no temor da transgressão da norma penal, mas a efetividade do Estado durante a persecução penal, bem como a severidade da reprimenda cominada, serão fatores que influenciarão diretamente quando da prática delitiva.

¹¹ Todas as infrações têm sua causa psicológica na sensualidade, na medida em que a concupiscência do homem é o que o impulsiona, por prazer, a cometer a ação. Este impulso pode ser cancelado à condição de que cada um saiba que à sua ação, indubitavelmente, se seguirá um mal maior do que do que o desgosto advindo da insatisfação de seu impulso ao fato. (Tradução livre do espanhol)

¹² A transcrição do trecho da obra seguiu na íntegra a ortografia relativa à data da publicação, bem como foi fiel em relação ao original.

Dessa forma, se o Estado é leviano quando da persecução penal, gerando situação de impunidade, não haverá coação psicológica a ser estabelecida, pois em que pese a cominação de uma pena pela prática de determinado ato, a ausência de aplicação da pena *in concreto* não opera a intimidação que a prevenção geral negativa propõe.

Igualmente, se a reprimenda cominada em abstrato for muito leve relativamente à conduta perpetrada, essa desproporcionalidade acarretará na inexistência de temor que previna a prática delitiva.

A referida teoria opera, portanto, uma análise praticamente comercial de custo-benefício entre a conduta a ser praticada e a sanção cominada em abstrato, levando a efeito o ideal de vantagens e desvantagens da prática do delito.

Se a sanção imposta for suave proporcionalmente à conduta praticada, as vantagens de sua prática poderão superar as desvantagens que a conduta acarreta. Logo, a pena a ser aplicada deve ser proporcional à gravidade do fato, e até superá-la em severidade, a fim de gerar a intimidação necessária na sociedade, que passa a entender que as desvantagens da prática da conduta criminosa superarão as vantagens obtidas.

A pena, portanto, deve conduzir a um efeito de mal maior em relação ao fato perpetrado. O indivíduo deve ser desestimulado da prática delitiva na mesma proporção em que a ameaça de imposição de uma pena torna-se mais próxima da realidade, e esta mesma pena cause um dano maior do que as vantagens aferidas com o fato criminoso. Não haveria sentido prático ao indivíduo em exercer a atividade delitiva se não lhe houvesse proveitos.

3.1.1.2.1 Críticas

A prevenção geral negativa também não está ileso às críticas e contra-argumentos, possuindo falhas estruturais e práticas que são constantemente observadas por aqueles não adeptos desta ideia.

Para esta tese, conforme já explicitado, a pena possui como função impingir uma coação psicológica sobre a sociedade a fim de evitar a prática de

condutas delituosas, entretanto, a teoria é rebatida porque seus efeitos sobre a coletividade não podem ser comprovados e demonstrados no plano fático.

Além disso, a pena perde o sentido sobre o infrator da norma, pois os efeitos da pena são transmitidos à sociedade, e não ao transgressor de maneira direta. Trata-se de intimidação social, em que os efeitos primários da pena relacionam-se à comunicação aos destinatários indeterminados da norma, vale dizer, aqueles potenciais delinquentes, enquanto somente os efeitos secundários seriam aplicados ao real infrator da norma penal. Outrossim, a teoria é genérica no sentido de que não individualiza a psique humana enquanto passível de resistência a coações e intimidações estatais. Há sujeitos mais vulneráveis e outros mais resistentes psicologicamente, de modo que a existência por si só de uma pena abstrata, em tese, não é suficiente para acarretar a intimidação de maneira *erga omnes* (SOUZA, 2006, p. 91-92).

Além disso, cumpre destacar que a prevenção geral negativa age no sentido da criação de normas penais e suas penas correspondentes que visem à intimidação da sociedade, evitando a transgressão da norma.

A pena, portanto, deverá ser rigorosa, a fim de que o mal ocasionado por sua imposição supere as vantagens aferidas pelo delinquente. Entretanto, este ideal, em que pese louvável ao combate da criminalidade, viola o Estado Democrático de Direito, e isto pelo simples fato de que as penas deixam de ser aplicadas levando-se em consideração a culpabilidade do agente para transferir a ele um exemplo social a não ser seguido.

Eventual punição severa demais para suficientemente intimidar a sociedade é desproporcional, e transfere ao indivíduo transgressor toda a carga vingativa do Estado, que o toma como mostruário para a evitação de condutas por parte de potenciais infratores.

Some-se a isso as lições de Jakobs (2009, p. 44):

[...] as teorias da prevenção geral negativa partem de um princípio genuinamente equivocado: ela mede a vantagem potencial do delinquente e compensa essa vantagem por meio de um mal, mas negligencia os danos que o fato ocasiona para a ordem social. Para que o crime deixe de ser atrativo para outros agentes, é preciso que o mal seja mais relevante do que a vantagem obtida com o fato; no entanto, esta última é independente do dano social que o fato provoca.

O supracitado autor ainda acrescenta que (JAKOBS, 2009, p. 44-45):

Essa desproporção potencialmente grande entre o *quantum* da vantagem do fato e o *quantum* de sua nocividade social resulta do fato de que, no modelo da intimidação, os destinatários da atividade punitiva não aparecem, quais sejam, os membros da sociedade, que devem ser preservados de violações normativas. Esses membros não veem o crime primordialmente como um evento potencialmente vantajoso para o agente, mas potencialmente prejudicial a eles mesmos.

O que o aludido doutrinador pretende com sua crítica à prevenção geral negativa é afirmar que a base desta teoria é a de que o mal causado pela pena deve superar os benefícios aferidos, de modo que o agente realiza uma cognição de custo-benefício. Todavia, esse mesmo raciocínio despreza a lesividade que a conduta acarreta no seio social, pois não analisa a gravidade do fato, e sim a vantagem obtida pelo infrator.

Verifica-se sob este aspecto as benesses que o delinquente alcança com o crime, mas se ignora o prejuízo à sociedade, que não se interessa essencialmente por aquela vantagem obtida. Assim, os tipos penais enquanto modelos de conduta deveriam ser afastados para ceder espaço a organizações de grupos de acordo com a quantidade de vantagem obtida com o crime.

A eficácia intimidante perde a relação de causalidade com a gravidade da sanção a ser imposta para se prestar a uma relação de (des)vantagem entre o fato praticado e a pena a ser imposta, independentemente do dano social que a conduta acarrete.

Frise-se, ainda, que uma primeira análise da crítica de Jakobs à prevenção geral negativa pode soar hipócrita, pois a prevenção geral positiva, por ele ferrenhamente defendida, sofre a mesma censura, conforme já exposto alhures. A prevenção geral positiva não analisa o dano social provocado, e tampouco as circunstâncias e motivos que sustentem a existência do crime, mas apenas tem na pena uma forma de conferir eficácia à norma.

Entretanto, a mesma crítica sofrida por esta teoria é destinada à prevenção geral negativa, que igualmente despreza a lesão causada pelo delito à sociedade, para apenas conferir um efeito intimidador da pena acerca das vantagens ou não de se praticar um fato criminoso.

Percebe-se dessa forma que ambas as teorias, apesar de suas diferenças em relação ao que defendem, possuem uma crítica em comum.

3.1.2 A prevenção especial

Ao lado da prevenção geral, existem os adeptos da prevenção especial como finalidade da pena, que igualmente é subdivida entre os conceitos de prevenção especial positiva e negativa.

Entretanto, ao contrário da prevenção geral, que tem como sujeitos a sociedade analisada de maneira indeterminada, a prevenção especial é aquela que se verifica quando a norma penal já fora violada, e tem como sujeito o indivíduo infrator da norma. Trata-se de uma teoria da prevenção com atuação concreta.

Nesse sentido, são as lições doutrinárias (SOUZA, 2006, p. 80-81):

Com a teoria preventivo-especial, pretende-se também evitar a prática de delitos; contudo, esta se direciona ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a praticar novos crimes, pois, o Estado de Direito, voltado à livre realização do ser, seria incompatível com o dever moral ou metafísico de punir ou com a expiação do delito como finalidade da reação penal. Nesse sentido, o fim da pena passa a ser utilitário, voltando-se também para o futuro do delinquente [...].

Basicamente, os adeptos da prevenção especial entendem que a função da pena é a de afastar o indivíduo do contato social, evitando que este retorne às atividades delinquentes. Trata-se de um isolamento social, de um movimento de segregação, em cujo tratamento o infrator da norma receberá atenção e medidas adequadas à sua reabilitação. O afastamento do seio social pode dar-se por meio da própria vontade do agente, ou até mesmo pela via coercitiva.

Além disso, o Estado deverá promover meios para a que pena exerça função sobre os moldes em que se baseará o futuro do infrator. Preocupa-se, dessa forma, não com a sociedade de maneira direta, mas com o transgressor individualizado da norma, para que este especificamente não retorne à vida criminosa.

Günther Jakobs (2009, p. 46), traz lições sobre a prevenção especial:

Fala-se em prevenção especial quando se considera que a função da pena é manter o agente afastado de crimes futuros. [...] postula-se que o Direito Penal seja configurado *de lege ferenda*, de tal modo que esteja apto à prevenção especial ou, então, que seja substituído por medidas de reabilitação e segurança adequadas. A exigência mínima, em todo caso, é que se prescindia daquelas penas com cuja execução até mesmo se eleva o risco de que o agente cometa crimes ulteriores.

A prevenção especial, assim, tem como destinatário o próprio indivíduo infrator da norma, que deve permanecer afastado da prática delitiva, em uma tentativa de garantir a segurança pública livre de novas transgressões por parte deste ser desviado.

Nos próximos tópicos, serão analisadas as suas modalidades: prevenção especial positiva e negativa.

3.1.2.1 A prevenção especial positiva

A primeira modalidade da prevenção especial é aquela em que a pena tem como propósito a ressocialização do indivíduo infrator da norma. Ora, aquele que infringe a lei penal demonstra-se um desviado dos padrões éticos medianos adotados por determinada sociedade, havendo a necessidade de correção do desvio antes que o indivíduo retorne ao convívio social.¹³

Essa readequação social do infrator dá-se pela aplicação de medidas durante o cumprimento da pena que visem à sua reabilitação. A segregação ou imposição de pena alternativa à prisão, dessa forma, não visaria necessariamente ao afastamento do transgressor do convívio social evitando a prática de novos crimes, mas de corrigi-lo para que, uma vez retornando à sociedade, esteja apto e prontamente reestruturado para novamente integrá-la.

Internacionalmente, Roxin (2007, p. 74) reconhece, com pesar, o enfraquecimento da prevenção especial:

¹³ Há vezes que ainda afirmam o caráter binário ou eclético da pena – retributivo e preventivo especial positivo –, como Renato Marcão (2013, p. 31-32). O referido autor leciona que a pena, nos moldes como estabelecida no Brasil, visa tanto à punição, quanto à humanização e resgate do infrator para realocá-lo ao convívio social.

La prevención especial, que rigió como finalidad dominante de la pena en las primeras décadas de la posguerra y que ha influido permanentemente en la nueva parte general del Código penal alemán, vigente desde 1975, ha desaparecido en la actualidad de la discusión internacional sobre la teoría de la pena. La prevención general domina el terreno. Esto es lamentable porque la finalidad de ayudar al autor del delito a tener una vida futura sin delitos es, como idea, el medio más constructivo de todos para tratar con la criminalidad.¹⁴

Pode-se dizer que o sistema executivo penal brasileiro é orientado no sentido da prevenção especial positiva, possuindo diversos institutos voltados à ressocialização do sentenciado: progressão de regime, livramento condicional, remição por trabalho e estudo, além dos típicos perdões totais ou parciais de pena concedidos por meio de decretos expedidos pelo Presidente da República por competência constitucional – a eficiência do sistema, entretanto, será analisada no tópico que se segue.

Louvável ou não, é certo que a Lei de Execução Penal estabelece logo em seu art. 1º que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, em demonstração inequívoca de que, ao menos teoricamente, o sistema penal brasileiro fora orientado no sentido da prevenção especial positiva.

3.1.2.1.1 Críticas

A prevenção especial positiva é severamente criticada por diversos segmentos dentre os penalistas que estudam a temática, em que pese aparentemente haver a visão utópica em vários ordenamentos jurídicos de que a função da pena deve seguir este modelo de orientação.

Todavia, este sistema possui diversas falhas, a começar pelo fato de que seus efeitos supostamente benéficos não podem ser comprovados

¹⁴ A prevenção especial, que regeu como finalidade dominante da pena nas primeiras décadas do pós-guerra e que influenciou na nova parte geral do Código penal alemão, vigente desde 1975, tem desaparecido na atualidade das discussões internacionais sobre a teoria da pena. A prevenção geral domina o terreno. Isto é lamentável porque a finalidade de ajudar o autor do delito a ter uma vida futura livre de crimes é, como ideia, o meio mais construtivo de todos para tratar a criminalidade. (Tradução livre do espanhol)

empiricamente, porquanto existem diversas variantes que interferem diretamente na reinserção social do infrator.

Ademais, a necessidade de comprovação de eficácia da teoria da ressocialização acaba por causar uma pressão para que essa finalidade seja efetivamente demonstrada. A pena privativa de liberdade, que isola o indivíduo do convívio social, priva o ser humano dos contatos sociais e o desabilita a tanto. Ao ser reinserido no sistema comum, há a quebra da relação com a sociedade liberta, pois não somente o indivíduo adquiriu estigmas e características típicas do aprisionamento, como também a sociedade extramuros evoluiu de forma que o detento não pôde acompanhá-la (HASSEMER, 2005, p. 377-378).

Além disso, não se pode olvidar que a ressocialização do indivíduo não depende somente de atitudes que partam do Estado para o infrator, mas este igualmente deve aderir ao intento de reinserção social, não havendo a possibilidade de inculcar forçadamente o ideal ao transgressor. Há várias circunstâncias que permeiam a prática delitiva, e as medidas utilizadas pelo Estado não poderiam ser aplicadas de maneira igualitária a todos os seus custodiados, e isto porque há peculiaridades próprias de cada caso que necessitam de atenção e individualização especializadas para melhor atender as demandas que lhe são peculiares (SOUZA, 2006, p. 92-93).

Note-se, além disso, que o fracasso da pena privativa de liberdade ao supostamente tentar impor o ideal ressocializador é constante, mormente quando se tem em jogo a possibilidade de que o sistema prisional supra as deficiências sociais que o infrator possuía durante o período de liberdade, inculcando-lhe uma nova ordem social que, ao invés de reinseri-lo na sociedade extramuros, acarretará, na verdade, na consolidação de um criminoso habitual, o que fica claro pelas altas taxas de reincidência.

Há penas que igualmente não permitem atingir o escopo da ressocialização, como é o caso da prisão perpétua. Como se considerar que uma pena imposta a um indivíduo que terá como duração até o fim de seus dias possa conduzir à sua ressocialização? Não se oferece a estes transgressores a perspectiva de retorno ao convívio social e, portanto, da ressocialização.

Outrossim, a prevenção individual acaba por admitir diferentes fins da pena que não se coadunam com as questões do tempo de duração da reprimenda para fins de ressocialização. Ora, o fim retributivo da pena estabelece parâmetros

consubstanciados em questões de proporcionalidade entre o injusto e a culpabilidade, mas não está diretamente ligado ao tempo de tratamento que se faz necessário para a reinserção social. O tempo da pena poderá ser tanto por demasiado curto quanto longo, e em ambos os casos o fim da ressocialização perderá o sentido e fracassará, pois a pena proporcional ao injusto e culpabilidade ditada pela retribuição nem sempre está em consonância com o tempo de tratamento necessário ao criminoso (HASSEMER, 2005, p. 379-381).

Além disso, a prevenção especial positiva parte do pressuposto de que todo e qualquer criminoso necessita da ressocialização. Ora, para que alguém seja ressocializado, pressupõe-se que houve eventos que romperam com os laços sociais entre o transgressor da norma e a sociedade em geral, havendo a necessidade de aplicar a terapia àquele para que, quando curado, retorne ao convívio social e possa, portanto, voltar a ser integrante da comunidade. Todavia, tal premissa é equivocada no sentido de que há indivíduos que não deixam de ser sociáveis, como seria o caso, por exemplo, dos homicidas passionais (SOUZA, 2006, p. 93).

O evento que os levou à prática delitiva provavelmente não volte a ocorrer, de modo que a probabilidade de reincidência é baixíssima, de modo a não haver a quebra da relação com a sociedade, e afastando a necessidade de ressocialização. Logo, haveria perda no sentido da pena, pois se o infrator não precisa da ressocialização, qual seria a função da pena senão meramente retributiva? Ou, o que seria ainda pior, deixar de aplicar a pena quando se verifica que no caso concreto não houve a dissociação das relações sociais e, dessa forma, a necessidade de ressocialização, seria um contrassenso que leva à impunidade.

Dessa forma, a prevenção geral positiva, em que pese a boa intenção de tentar trazer o sentenciado de volta ao seio social, não possui efeito prático que justifique-a como função da pena, pois não somente não há comprovação de sua eficácia enquanto modelo de resgate do delinquente desviado, como também pelo fato de que nem todo indivíduo necessita de tratamento, pois há crimes que não necessariamente provocam o rompimento das relações sociais e cujas origens dificilmente voltarão a ocorrer para acarretar a reincidência.

Além disso, a necessidade de tratamento diferenciado para cada tipo de delito e para cada ser humano individual torna inócuo o tratamento genérico aplicado aos transgressores da norma, já que sua falibilidade torna-se evidente

porque não é possível adequar um modelo de prevenção específico ao infrator que tenha por base conceitos generalizados.

Para que houvesse efetivamente o efeito ressocializador, as medidas aplicáveis deveriam ser relativamente individualizadas, estudadas e aplicadas pelo tempo que se fizesse necessário ao tratamento que viabilize a reinserção social.

Todavia, a própria imposição de penas por demasiado longas desalinha a função da pena para com a ressocialização. Esta necessita, em tese, de um prazo para que o tratamento seja realizado, mas este não necessariamente equivale ao tempo da reprimenda imposta.

É bem provável que o magistrado aplique a pena mínima ao indivíduo quando da prática delitiva quando sua culpabilidade não justificasse exasperação, mas o tempo de tratamento para que a ressocialização se operasse concretamente não se coadunasse com esta pena aplicada.

Supondo que o tempo para que as medidas eficazes à reinserção social perdurassem por tempo inferior ao da pena aplicada, qual seria a lógica, do ponto de vista da prevenção especial positiva, de manter a pena remanescente, se o fim da pena – que é a ressocialização – já foi alcançado? Caso assim fosse, a quantidade de pena que excedesse o tempo necessário ao tratamento do infrator transmudar-se-ia para caráter retributivo.

De outra forma, as penas deveriam estruturar-se não em limites mínimos ou máximos, mas sim no tempo necessário para se alcançar o efeito ressocializador. Há, pois, desprezo da culpabilidade do agente na dosimetria da sanção, que não leva em consideração o resultado do delito, e tampouco a gravidade do fato, mas apenas a necessidade de reabilitação do agente.

Além disso, para que haja o efeito ressocializador, há a necessidade de que se incuta a expectativa no condenado de que haverá a possibilidade de sua futura reinserção no seio social, quando do alcance da liberdade, ainda que seja esta condicional. No caso das penas privativas de liberdade de caráter perpétuo, é visível que inexistente qualquer efeito ressocializador, pois ainda que o autor do delito seja submetido a tratamento, jamais poderá ser realocado à comunidade.

A pena, desse modo, perde qualquer eficácia enquanto modelo de prevenção especial positiva, para integrar parâmetros de prevenção especial negativa, vale dizer, a segregação pura e simples do convívio social, com o apartamento do transgressor da sociedade para evitar que pratique crimes.

Logo, o excesso de falhas e de limitações e a inadequação da teoria como modelo aplicável a todos os infratores inviabiliza a idealização da prevenção especial positiva como parâmetro funcional da pena.

3.1.2.2 A prevenção especial negativa

Ao contrário da prevenção especial positiva, que visa à correção do indivíduo infrator por intermédio da denominada ressocialização, cujo efeito almejado seria, assim, evitar que haja a prática delitiva por parte deste mesmo sujeito, a prevenção especial negativa visa a retirá-lo do contexto social ou, ainda que mantido, preconiza-se a tomada de medidas profiláticas que rompam com a possibilidade de reincidência.

Jakobs (2009, p. 46), leciona:

O efeito sobre o agente deve-se dar de forma que ele seja mantido afastado de outros crimes mediante força física ou, então, que seja levado, por sua própria vontade, a não praticar mais nenhum crime. Este último se dá pela via da reabilitação do agente, seja essa via a da educação ou a do adestramento, ou a da intervenção física (*v.g.*, castração), ou, então, a via da intimidação por meio de uma pena admonitória.

Na mesma linha de raciocínio, Souza (2006, p. 83) explica que a prevenção especial negativa é aquela em se busca a intimidação, não da sociedade, mas do indivíduo infrator, por intermédio da pena, além de afastá-lo da prática de novas infrações com sua inocuidade.

O que a teoria pretende, portanto, é a afetação do indivíduo desviado de tal forma que permaneça afastado da prática delitiva, sendo a prisão uma forma clara dessa segregação social – enquanto o indivíduo estiver preso, em tese, estará afastado da prática de novas condutas desviantes.

Logo, o destinatário deste modelo de funcionalidade penal é o próprio transgressor da norma, e não a sociedade, em que pese esta seja beneficiada com a evitação de condutas criminosas.

Mas não é só a prisão a única forma de apartar o desviado da prática delitiva. Há outros exemplos, como a castração química para aqueles que cometem

crimes sexuais – enquanto perdurar a castração, não haverá a possibilidade de reiterar a prática delitiva; a aplicação de multa que, devidamente recolhida, impeça o indivíduo de manter sua empresa voltada à criminalidade pois, sem recursos, o “negócio” certamente será conduzido à falência; além disso, a pena de morte também é outra forma deste modelo de pena, já que uma vez executado o infrator, este permanecerá definitivamente impossibilitado de praticar novos crimes e será apartado do convívio social, por motivos óbvios. Todas estas formas estão direcionadas a evitar que o infrator retorne às atividades ilícitas.

O modelo de prevenção geral negativa, assim, reside na ideia de afastamento do indivíduo do convívio social ou a imposição de medidas de higienização criminal, que impossibilitem a prática de condutas penalmente relevantes.

3.1.2.2.1 Críticas

Uma vez mais, o modelo de pena proposto não é perfeito e está sujeito a críticas.

Jakobs (2009, p. 46-47) sustenta que o conflito de que trata a teoria da prevenção especial negativa não é aquele decorrente da violação normativa, como defendem os adeptos da prevenção geral. Pelo contrário, o conflito encontra respaldo na possibilidade de que novos delitos venham a ocorrer, ou seja, no que a prevenção especial deseja evitar. Logo, a infração da norma que ocasionou a aplicação da pena não é para este modelo de pena o conflito e o cerne de toda a discussão, mas apenas um sintoma de que futuros delitos possam vir a ser repetidos, havendo, pois, uma inversão de conceitos.

Pouco importa a frustração ocasionada pela violação normativa – esta ideia deve ser abandonada –, que cede espaço para que triunfe a validação de expectativas cognitivas com efeitos prospectivos, mas ainda deve ser acrescentado a isto que o modelo somente possuirá êxito na hipótese dos decepcionados com a violação normativa primária encontrarem no desviado fatores que o diferenciem da comunidade analisada como um todo, vale dizer, o infrator deve ser anormal e essa característica que lhe é peculiar é o ponto nevrálgico de correção.

Não há sentido no mero afastamento do indivíduo da prática delitiva quando se considera que os Estados rumam à busca máxima dos direitos e garantias individuais.

A pena, para a prevenção especial negativa, visa meramente à segregação do ser humano que praticou condutas desviantes do convívio social ou o seu apartamento de práticas delitivas por intermédio de coações físicas que o incapacitem.

A invasão estatal na esfera da privacidade e na liberdade do indivíduo apenas justificando a necessidade de evitar a reincidência, por si só, fere o Estado Democrático de Direito, porquanto a pena perde sua essência ao deixar de buscar as circunstâncias envoltas às origens da prática do crime, bem como o conjunto fático que culminou na violação normativa.

Ao desprezar a violação da norma como um fato relevante e transferir a origem do conflito apenas para a análise cognitiva futura, tem-se que na verdade a prevenção especial negativa não visa à evitação de condutas criminosas para os indivíduos primários, pois a transgressão da norma é desprezada.

Este modelo de funcionalidade de pena preocupa-se somente em evitar condutas futuras quando a expectativa de não violação normativa inicial fora rompida, ou seja, a teoria da prevenção especial negativa preocupa-se somente com aqueles indivíduos que já praticaram crimes, em análise posterior, desprezando qualquer conceito relativo à prática do primeiro delito.

Não há, pois, o direcionamento da prevenção à coletividade de modo a coibir condutas de caráter delituoso, mas meramente projetar para o futuro as expectativas de que a norma que já fora violada uma vez não volte a ser infringida pelo mesmo sujeito.

Desde o século XIX, já havia discussões acerca da pena e sua funcionalidade perante o agente e a sociedade. Durkheim rechaçou a prevenção especial, seja ela em sua modalidade negativa ou positiva, pois afirma ser o caráter da pena de corrigir o culpado ou o de evitar que outros o imitem como uma característica secundária da pena. A sua característica principal, entretanto, ainda seria a de manter a coesão social, cuja norma, portanto, viria a estabilizar a ruptura causada pelo delito (2014, p. 83).

A prevenção especial negativa, dessa forma, revela-se como um modelo ineficaz para explicar a pena, embora em nações como os Estados Unidos

da América seja largamente utilizada mediante a aplicação de penas perpétuas (prisão) ou de efeitos permanentes (pena de morte).

3.2 A Função Da Pena Como Retribuição

A função da pena como retribuição ao mal causado, ou a denominada teoria absoluta da pena, é aquela desvinculada de qualquer finalidade prática da imposição de uma reprimenda. Trata-se de causar um mal por outro mal, em uma mera aplicação de uma punição como castigo.

A retribuição da pena encontra respaldo, como é cediço, em sociedades mais primitivas, em que a aplicação da pena dava-se pura e simplesmente como forma de punir o indivíduo pelo crime que cometera – muitas das vezes, as penas eram completamente desproporcionais ao fato perpetrado, embora hodiernamente entre os adeptos da pena como retribuição deva haver equilíbrio entre a quantificação e severidade da sanção e a culpabilidade do agente infrator.

Sua denominação de “absoluta” decorre logicamente do fato de que não há vinculação a uma finalidade específica – a pena basta em si mesma –, diferentemente das teorias relativas ou preventivas da pena, que estão necessariamente ligadas ao escopo de prevenir o delito, cada uma à sua maneira. A pena, dessa forma, surge como uma consequência lógica de reação estatal puramente vingativa da prática de um delito como meio de realizar uma compensação ou de produzir “justiça”.

O ser humano vive sob o manto do contrato social, entendido este como o pacto firmado para que o homem entregue parte de sua liberdade ao Estado, tendo em troca a possibilidade de conviver em sociedade, de maneira minimamente organizada e tendo o compromisso de manter essa relação ética de cumprir os mandamentos pactuados, bem como tendo o direito de não se ver lesado pela prática de conduta violadora do dito acordo social.

A conduta delituosa, dessa forma, acarretaria na violação de uma das cláusulas contratuais, ensejando a rotulação do indivíduo como um desviado ou

rebelde que necessita ser punido por sua infração. A tipificação dos conceitos de justo e injusto decorre do livre arbítrio humano de dominar as relações sociais, rotulando, portanto, fatos e penas proporcionais à gravidade desses eventos criminosos, ao que seria, portanto, ato de justiça aplicar a pena como forma de compensar a culpa do infrator, causando-lhe um sofrimento pelo mal que fora impingido pela conduta do delinquente (SOUZA, 2006, p. 70-71).

A retribuição, assim, trata de trazer às vítimas do delito e a própria sociedade a sensação de justiça e satisfação. A causação de um mal por outro é o fim pretendido pelo retributismo.

3.2.1 Críticas

A teoria da retribuição não é a que melhor se adéqua a um sistema penal pautado em um Estado Democrático de Direito.

A pena, para os retributistas, tem uma finalidade meramente de produzir justiça, vale dizer, compensar o mal causado com a prática do delito aplicando uma reprimenda justa. Todavia, tal sistema carece de sentido prático, pois a pena em si é desprovida de qualquer finalidade benéfica ao próprio indivíduo infrator ou à sociedade de modo geral. Igualmente, não é possível realizar uma compensação pelo mal causado aplicando-se uma reprimenda de natureza penal.

Não se nega que hodiernamente já inexistente a Lei de Talião, em que vigia o famoso brocardo “olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”, em que ao mal causado deveria haver uma resposta idêntica. Os tempos primitivos já foram abandonados há muito tempo, e assim o foram as penas cruéis e desumanas aplicadas exatamente na mesma medida do mal causado.

Para os retributistas modernos, a função da pena como forma de realização de justiça estaria condicionada à aplicação de penas humanizadas e proporcionais ao mal causado pelo indivíduo infrator, em uma forma de compensar este mal com uma pena. Quanto maior o mal causado, tanto maior será a pena.

Entretanto, este sistema de funcionalidade da pena não tem aplicação prática, pois despreza a função da pena em proporcionalidade à culpabilidade do agente, vale dizer, ainda que mínima a culpa do infrator, mas se o mal for por

demais severo, a pena será tão maior quanto este mal, enquanto àqueles cuja culpabilidade seja elevada, porém a lesão mínima, a pena seria igualmente reduzida e, portanto, não equivalente à culpa do agente.

Não haveria uma forma de equilibrar em uma equação matemática a culpabilidade e os resultados do crime para se chegar a uma pena razoável, porquanto a função primordial da reprimenda é a de compensar a prática do crime com justiça.

Nestes termos, Souza (2006, p. 90-91) leciona:

A simples punição do delinquente seria democraticamente incorreta e inútil, tanto para o indivíduo como para a comunidade, que além de conviver com as desigualdades sociais, deve suportar todas as espécies de atentados contra a liberdade humana, tornando-se perigoso afirmar que a aplicação da pena realiza a “justiça” no caso concreto. (Ênfase do autor)

Parece quase evidente que a imposição da pena pela pena carece de sentido prático, pois apenas causa infortúnio social e abre espaço para os mais diversos abusos cometidos pelo Estado, que pode cominar penas absurdamente desproporcionais baseando-se no ideal de justiça.

Além disso, deve-se rememorar que o conceito de justiça é subjetivo e varia não somente conforme o tempo, mas de acordo com o espaço e o intérprete. A legislação cominada em abstrato pode prever limites mínimo e máximo para determinada reprimenda, entretanto, o critério para sua análise e quantificação está mais condicionado ao subjetivismo do julgador e às suas experiências pessoais e ideias íntimas do conceito de justiça do que propriamente às circunstâncias fáticas e à culpabilidade do agente.

Há um motivo lógico pelo qual a pena de delitos culposos é inferior à sanção dos delitos dolosos, e tal conceito encontra respaldo no grau de culpa *lato sensu* do qual está investido o infrator quando da prática do crime. Com a retribuição e seu critério de justiça, haveria a possibilidade de imposição de penas mais severas a quem tenha praticado delitos culposos, porém, cujo dano tenha sido mais elevado.

A função do Direito Penal não é a de provocar a sensação de justiça, até porque este sentimento está mais restrito a quem tenha sido lesado diretamente pela prática do crime do que a quem tenha apenas observado o dano causado. Dessa forma, o indivíduo que tenha sido vítima do crime de furto desejará muito mais que seja feita “justiça” com o furtador do que a sociedade em geral, que não

fora prejudicada diretamente com a prática deste crime. O critério de justiça passa a ser subjetivo e não pode ser propriamente definido como modelo de aferição e quantificação da pena.

Hassemer (2005, p. 422) ainda pondera que a teoria da pena como retribuição está intrinsecamente ligada à distribuição do Direito Penal, que deve fornecer proteção jurídica para o fim da pena enquanto instrumento de realização de justiça. Entretanto, tal teoria despreza a função da pena, pois como se trata apenas de instrumento de obtenção de uma compensação pelo injusto causado, a única limitação encontrada para a aplicação da pena é sua própria justeza, em respeito à dignidade da pessoa humana. A pena deve ser apenas formalizada, e por ser ela desprovida de uma finalidade palpável, há uma preocupação excessiva com a persecução da justiça e, conseqüentemente, incriminação em massa dos infratores.

A retribuição, assim, carece de um critério objetivo que lhe dê sustentação e estrutura para justificar a imposição de uma pena, já que apenas baseá-la em conceitos abstratos de justiça e compensação do mal pelo mal criam subsídios para a implementação de penas desproporcionais e desarrazoadas, ainda que o cerne deste modelo de pena pautar-se pela proporcionalidade e primazia pelos direitos e garantias fundamentais do infrator.

Pode parecer e soar irônico, porém faz total sentido, afirmar-se que o intérprete e aplicador da norma não possui um critério justo de aplicação de pena simplesmente porque a justeza da pena é subjetiva. Não é justo, assim, aplicar uma pena justa, pois o conceito de justiça é elástico e carece da concretude e objetividade que o Direito Penal exige.

E nem se diga que é a própria formalização da pena que cria estes elementos aferíveis para a implementação da justiça, já que a própria elaboração da norma pode ultrapassar os limites do razoável e subtrair do julgador a capacidade de aferir a proporcionalidade da sanção ao caso concreto.

Logo, a teoria da retribuição não faz sentido.

3.3 A Prevenção Geral Positiva: Um Modelo A Ser Seguido?

Feitas todas as anotações a respeito das principais teorias que explicam a função da pena, bem como as críticas que cada uma delas recebe, entende-se que este tópico está maduro para se chegar a uma conclusão imparcial sobre a temática e definir como linha a ser seguida qual seria a função da pena.

De tudo o que fora exposto, a prevenção geral positiva parece ser a teoria mais adequada como modelo de funcionalidade da pena – relembra-se que o presente trabalho realiza uma crítica dos sistemas punitivos sem, contudo, criar uma teoria própria, de modo que dentre as existentes, a prevenção geral positiva aproxima-se mais do ideal de função do Direito Penal, porém, sofrerá críticas no próximo capítulo.

Conforme já fora exposto alhures, a prevenção geral positiva é aquela em que a pena visa à garantia da eficácia da norma, vale dizer, a pena é um instrumento para assegurar a validade da norma penal. Norma e pena coexistem e esta garante a efetividade daquela.

O crime, consubstanciado em um ato de violação da esfera individual de organização dos cidadãos, rompe com a expectativa social em relação ao Estado enquanto mantenedor da segurança pública e assegurador das relações sociais, criando desconfiança e receio por parte dos súditos. O crime rompe com as expectativas da população de que o Estado está cumprindo com seu papel, gerando temor e abalando a estrutura social. A pena, a seu turno, visa a garantir o restabelecimento e conseqüente estabilização dessas expectativas.

A pena não possui conteúdo retributivo e tampouco as outras teorias preventivas fornecem elementos suficientes para se sustentarem.

A retribuição não se mostra eficaz em um Estado Democrático de Direito em razão de que sua ideologia conduz a um conceito de pena que é vazio de conteúdo. Para os retributistas, a pena tem como escopo meramente a aplicação da justiça, ainda que hodiernamente a sanção deva ser restringida por critérios de proporcionalidade.

Entretanto, esta concepção não é a mais adequada, haja vista que não propõe uma funcionalidade prática para a pena que traga qualquer forma de benefício, seja para a sociedade, seja para o próprio infrator.

Isto porque, baseando-se em um ideal de justiça, essa teoria visa apenas à satisfação vingativa humana de proporcionar um prazer, ainda que momentâneo, na punição de um transgressor da norma que eventualmente viole o

contrato social. Não há benefício prático à sociedade, que apenas vê no infrator um indivíduo a ser castigado, e tampouco para o infrator, a quem a pena causará um mal pelo mal.

Ademais, tratar a pena como mera vingança ou, em termos mais elegantes e que mascaram as reais propostas da teoria, “fazer justiça”, dificulta-se a elaboração de uma pena em moldes razoáveis para que haja a adequação da culpabilidade do agente à gravidade do ato praticado. O subjetivismo do conceito de justiça torna ineficaz todo o sistema da pena como retribuição, eis que depende do ponto de vista ora do julgador, ora do acusador, ora da própria vítima, ou do acusado.

A retribuição da pena retira a possibilidade de dosá-la adequadamente de acordo com a culpabilidade do agente e transfere a agressividade da persecução penal para um ideal fantasioso de criação de justiça causando um mal ao infrator da norma.

Todavia, se tomássemos por base o ponto de vista do agente transgressor, a pena seria obviamente branda, pois não haveria justiça a ser feita; por outro lado, em relação à vítima, é provável que, sendo ela a maior interessada, a pena deveria ser extremamente severa para que alcançasse seu objetivo, o que aos olhos de terceiros poderia parecer evidentemente desproporcional ao ato lesivo; e nem se cogita da hipótese de que o julgador e acusador entenderiam ser a pena algo proporcional, uma vez que ao adotar um critério tão subjetivo e carente de palpabilidade transfere o objetivo da pena ao arbítrio do intérprete, que é um ser humano e possui suas naturais convicções, ideais, e instintos primitivos que podem tornar o foco da pena como uma vingança despropositada ao fato praticado, tornando a pena uma reação violenta e imoderada do Estado na esfera individual do infrator.

A retribuição peca pela ausência de um critério objetivo que permita à pena ser eficaz do ponto de vista da própria retribuição. Apenas estipular a finalidade da pena sem se atentar para a gravidade do fato e para a culpabilidade do agente, cria uma extrapolação dos limites razoáveis da pena em concreto, que está condicionada à mera idealização do que é justiça ao aplicador da norma. Não há como posicionar a ideia de justiça em uma equação matemática que adéque a finalidade da pena à retribuição.

Esta falta de concretude torna a justiça como uma variável na equação matemática, cujo valor seria atribuído ao intérprete de acordo com sua consciência e desejo vingativo.

Além disso, a retribuição da pena, ao contrário do que se poderia afirmar, na verdade condiciona o homem como um meio de satisfação dos desígnios primitivos e anseios inclementes, e não como o fim em si, pois elenca um infrator da norma para transferir a raiva e a cólera sociais àquele através da pena. O homem é materializado em um objeto da ânsia social, e não como um sujeito de direitos em quem se encerraria o fim da pena. Há, pois, uma inversão de valores, na medida em que se é certo que a justiça é o fim da pena, o homem é o objeto da satisfação que a sociedade recebe com essa pena.

A teoria da prevenção geral negativa também não se presta enquanto sustentáculo da finalidade da pena. Não se nega que eventualmente alguns indivíduos possam realmente equacionar o custo-benefício que a prática delitiva provoca, entretanto, ao impor este preceito como o objetivo precípua da pena, deve-se partir da premissa de que a denominada coação psicológica seja dirigida e projete efeitos *erga omnes*, de modo que todo cidadão sentir-se-ia constrangido com a previsão de uma pena abstrata e de sua possível aplicação no caso de eventual transgressão da norma.

A dita teoria da pena visa à prevenção de delitos com base nesta coação operada na medida em que o mal causado pela pena deverá ser superior às benesses auferidas com a prática do crime.

Todavia, soa ingênuo cogitar da hipótese de que todo indivíduo será coagido pela norma abstrata, primeiro porque aquele que pratica um determinado delito provavelmente o fará de maneira furtiva de modo a evitar a autoridade penal de que se investe o Estado, de forma que em seu íntimo há obviamente a ideia de que suas habilidades são tamanhas que se evadirá da aplicação da pena; além disso, a crença nas próprias habilidades que evitariam a aplicação da pena conduzem ao afastamento da premissa do custo-benefício atestado pela dita teoria, pois se o mal causado pela pena não está na equação realizada pelo indivíduo, haverá apenas o proveito do crime, seja de cunho patrimonial, vingativo etc.

Dessa forma, o furtador não crê que será descoberto, e mantém seus atos a fim de que possa obter o proveito material de suas condutas. Igualmente, acredita-se que o Estado não o identificará, não há o peso da pena a ser medido na

balança entre o mal causado por aquela e o benefício obtido com o crime, de modo que o patrimônio angariado pelo transgressor é a única vantagem que se lhe vislumbra.

Além disso, a prevenção geral negativa não está amparada em critérios de proporcionalidade quando da cominação das penas. Ora, se a pena deve ter por função a coação psicológica, deverá ser tão gravosa quanto possa coagir o indivíduo a não praticar determinado fato, o que culmina por desprezar a culpabilidade do agente quando da prática da conduta para transferir a quantificação da reprimenda de modo a apenas coagi-lo.

A comunicação à sociedade de uma pena grave imposta a determinado indivíduo de modo a intimidá-la viola o Estado Democrático de Direito, porquanto o homem é o fim em si mesmo, e não um meio ou instrumento de satisfação social. As relações penais não podem ser comunicadas à sociedade em geral, posto que se estaria pinçando um determinado infrator para que sirva de vitrine em um exemplo a não ser seguido. Outrossim, tal teoria despreza a gravidade de determinados fatos para apenas aferir a pena em critérios de custo-benefício.

Dessa forma, ainda que grave um crime – a exemplo do homicídio, estupro, latrocínio etc. –, a pena não poderia ser grandiosa quando não houvesse vantagem auferida, ou quando esta fosse pífia para o agente infrator. A título exemplificativo, cita-se o indivíduo que pressupõe que sua vítima possua determinado bem em sua bolsa e a aborda, matando-a para subtrair seu patrimônio, entretanto, ao assim proceder, percebe que a bolsa está vazia. Neste exemplo, ao se aplicar a prevenção geral negativa, percebe-se que o indivíduo elaborou um raciocínio de que a vantagem que seria auferida com a prática do delito superaria a pena cominada em abstrato, e praticou o fato. Ocorre que não houve vantagem obtida, de modo que a pena, para que opere seu efeito, deveria ser por demais ínfima, já que esta possui relação com aquela. O fato (latrocínio) é grave e gera risco social, entretanto, como o indivíduo não obteve vantagem com sua conduta, a pena deve ser relacionada à razão da vantagem obtida, independentemente da lesão.

A assertiva inversa também é verdadeira. Suponha-se que o sócio de determinada empresa desvia recursos da pessoa jurídica para englobá-los a seu próprio patrimônio, subtraindo montante significativo em pecúnia. Nesta hipótese, a conduta pode ser considerada menos grave que a anterior, já que sequer envolve violência ou grave ameaça à pessoa humana – embora não se nega que o fato é

igualmente repudiado –, todavia, pela prevenção geral negativa, neste caso, como a vantagem obtida com a prática da conduta é elevada, a pena, para que produza a necessária coação psicológica deverá ser tão majorada quanto o proveito alcançado. Há, pois, evidente desproporcionalidade.

A referida teoria, nestas hipóteses, despreza a culpabilidade do agente e a gravidade de sua ação para transferir a cominação da pena a uma relação puramente de custo-benefício, vale dizer, se a vantagem perseguida for reduzida ou inexistente, a pena, para que opere seus efeitos, será igualmente minimizada; por outro lado, se a vantagem alcançada for superior, a pena deverá ser majorada. Ignoram-se os tipos penais elaborados na medida da culpabilidade do agente e da gravidade dos fatos em relação à lesão que provocam, para criar grupos de infrações quantificadas mediante a vantagem que o indivíduo auferir com sua conduta. Haveria, pois, a tipificação de condutas consideradas como delituosas, porém, as penas estariam previstas em tópico à parte nos Códigos Penais e definidas de acordo com o proveito conseguido com os crimes.

Não, há, assim, como considerar a prevenção geral negativa como teoria da finalidade da pena, seja porque cria situações de desproporcionalidade – para o mais e para o menos –, seja porque não pode ser comprovada no plano fático em razão de não operar o efeito almejado sobre todos os cidadãos como pretende.

Da mesma forma que a teoria da retribuição e a prevenção geral negativa não se prestam à finalidade da pena, as teorias da prevenção especial, em suas modalidades negativa e positiva, igualmente são ineficazes a explicar a real função da pena.

A prevenção especial negativa, entendida como aquela em que a pena deve manter o indivíduo afastado da prática delitiva e, portanto, sua reinserção no meio criminoso, deve ser afastada como teoria da função da pena, haja vista que não se mostra eficiente no plano fático.

Tal teoria, em uma primeira análise, não evita a prática ampla de crimes, mas meramente que o próprio indivíduo infrator seja afastado da reincidência *lato sensu*, logo, a prevenção é dirigida somente ao transgressor da norma.

Busca-se a evitação coercitiva de que o crime não volte a ocorrer, seja por meio da segregação em uma unidade prisional, ou mesmo por formas

alternativas, como a castração química, comumente sugerida a praticantes de crimes sexuais.

Entretanto, a prevenção especial negativa transfere a função da pena não como forma de prevenir delitos levando-se em consideração o fato praticado, sua gravidade, a culpabilidade do agente etc., mas cria um sistema voltado para o problema do retorno às atividades criminosas. A preocupação, portanto, não tem relação com a evitação da ocorrência de crimes praticados pela primeira vez por determinados indivíduos ou mesmo sobre as causas que levam à delinquência, direcionando a discussão para a (im)possibilidade da ocorrência de novos crimes por aqueles que já transgrediram a norma.

Ao assim proceder, o Estado desprezaria sua função de mantenedor dos direitos e garantias individuais para apenas impor sua vontade e poder coercitivo para afastar determinados indivíduos das práticas delitivas sem que a pena possua algum efeito prático e útil que possa ser sustentado. Não há como criar um sistema razoável pautado na quantificação temporal da pena para manter o transgressor apartado do delito.

Para a prevenção especial negativa, basta o afastamento do indivíduo da prática de infrações para que crimes sejam evitados, logo, há o tratamento dos sintomas da doença, não se atacando o ponto central do problema, que reside nas circunstâncias sociais, econômicas, culturais etc., que resultam na prática delitiva.

Pode-se considerar, quando muito, a prevenção especial negativa como um efeito secundário da pena, já que sua imposição de fato ocasiona na segregação ou afastamento do indivíduo da prática de delitos, a depender da espécie de pena aplicada. Mas não se pode, por outro lado, considerar que esta seja sua função precípua ou primordial, senão apenas uma consequência lógica de sua aplicação, assim como o é o mal que a pena impõe ao indivíduo, sem que isto torne-a como mera retribuição por outro mal causado. Não se pode confundir as consequências que a pena acarreta com sua finalidade propriamente dita.

Em países que adotam a pena de morte ou prisões perpétuas como punição por determinados crimes tem-se clássica prevenção especial negativa, já que nestes casos o indivíduo é afastado da sociedade permanentemente. Todavia, nos demais casos, o apartamento do crime é temporário enquanto perdurar a pena, vale dizer, o indivíduo estará livre da prática de crimes pelo tempo de sua prisão, pela duração dos efeitos da castração química etc. Após, com a cessação da

finalidade da pena, haveria a possibilidade da prática de novos crimes, em demonstração de ineficácia da teoria no plano fático.

Além disso, é irreal a ideia de que a prevenção geral negativa possa eficazmente evitar que novos delitos sejam praticados, pois nenhuma espécie de pena – salvo a de morte, e não se está aqui defendendo sua aplicação – impede que um indivíduo volte a delinquir, ainda que se esteja no interregno de duração da reprimenda.

No caso da pena privativa de liberdade, nada impede sejam novos delitos cometidos, já que é cediço que o tráfico de substâncias entorpecentes assombra os presídios brasileiros, bem como homicídios, lesões corporais, dentre outros crimes passíveis de execução no âmbito prisional; a castração química igualmente não opera os efeitos desejados, pois apenas atinge a libido do agressor, mas ainda permite que atos libidinosos diversos da conjunção carnal sejam executados sem maiores problemas, como a masturbação; multas severas que resultem na falência de determinada empresa que seria destinada à prática de crimes podem apenas gerar a incapacidade de formação de novo negócio, mas não necessariamente afastam o indivíduo da prática de crimes, apenas dificultando a reinserção no meio delituoso.

Neste último exemplo, ainda, seria provável a criação de uma pena excessivamente desproporcional à culpabilidade do agente como forma de atingir a almejada finalidade da prevenção especial negativa, o que obviamente fere o ideal de que o homem é o fim em si mesmo, de modo que ao ser humano é imposta uma pena tendo-o como fim, e não como instrumento de validação daquela.

Outrossim, a prevenção especial negativa também não explicaria a criação de penas alternativas à privativa de liberdade, já que com essa modificação da orientação penal não se tem necessariamente o afastamento da prática de futuros delitos. Tome-se como exemplo as penas de prestação de serviços à comunidade, que em nenhum momento impedem que o transgressor da norma venha a praticar novos delitos, consistindo apenas em uma substituição da privação da liberdade mediante certos requisitos legalmente previstos, em uma tentativa de abrandamento da reprimenda para fatos de menor gravidade e indivíduos que operem menos risco à segurança pública.

A prevenção especial positiva, em que pese seu louvável intento, também é inapta como finalidade da pena, pois o efeito ressocializador não somente

não pode ser comprovado, como há indícios que de fato demonstram que essa implicação não se verifica na prática.

O modelo da prevenção especial positiva, ao criar o ideal de ressocialização, despreza tanto o fato de que há indivíduos que nunca foram socializados e, portanto, não podem ser ressocializados, como o fato de que há aqueles que não desejam ser ressocializados.

Há, ainda, aqueles que jamais perderam características da socialização, não necessitando ser ressocializados, como é o caso dos crimes denominados do “colarinho branco”. A existência de subculturas e subgrupos sociais com ordens políticas, econômicas e culturais próprias, e que portanto diferem da ordem social padrão vigente, impedem que o efeito prático da ressocialização se aperfeiçoe, pois não há um processo de reinserção do indivíduo que rompe com o contrato social quando aquele nunca participou da ordem social que ali vigia.

Haveria a necessidade de que o Estado incutisse na mente do indivíduo toda uma reestruturação de seu pensamento e ideologias que permitissem, na verdade, uma socialização primária do transgressor da norma, e não a ressocialização. Igualmente, para aqueles que nunca perderam o contato social, porém praticaram crimes, não haveria a ressocialização almejada, de modo que a não aplicação da pena – já que esta não teria qualquer finalidade – acarretaria na impunidade.

Por outro lado, para aqueles que foram “dessocializados” e que, portanto, supostamente necessitariam da reinserção no seio social, a almejada ressocialização não pode ser considerada como um modelo de finalidade da pena, pois depende inequivocamente do intento do indivíduo transgressor da norma de se recuperar através das políticas implementadas para atingir esse objetivo. Logo, condicionar a função da pena à vontade do agente em aderir ao efeito ressocializador esta rompe com toda a estrutura do objetivo da sanção.

Haveria, pois, dois grupos a serem verificados: o daqueles que desejaram a ressocialização e o daqueles que não a desejaram. Os primeiros poderiam ressocializar-se (ou não) e retornar ao convívio social, cumprindo adequadamente com as normas constantes do contrato social; os outros, entretanto, não seriam ressocializados e voltariam a praticar delitos, já que pouco se importam com as regras sociais.

Para os primeiros, a pena operaria seu efeito de ressocialização caso o Estado fosse eficiente na aplicação da pena, mas para os segundos, se esse efeito não se verifica na prática, e não podendo o Estado impô-la, a ressocialização não faz sentido, e para estes indivíduos a pena transfigurar-se-ia em mera retribuição pelo fato praticado. Haveria, assim, seletividade condicionada à vontade do agente.

A prevenção especial positiva ainda gera o problema da criação de tipos penais cujas penas sejam excessivamente longas justamente para que se tenha tempo hábil para a ressocialização; ao contrário, também poderia haver situações de penas significativamente reduzidas na hipótese do indivíduo ressocializar-se prontamente.

Da mesma forma que a prevenção geral negativa, desprezam-se as causas que deram origem ao delito, mas neste caso para transferir o cerne da discussão à reintegração social do indivíduo. Há aqueles que necessitariam de mais tempo para que tal efeito se opere, outros menos, e aqueles em que esse objetivo jamais seria alcançado. Para os primeiros, a pena deveria ser prolongada; para os segundos, reduzida; para os terceiros, a pena seria perpétua ou inexistente, já que seu objetivo é impraticável.

Ao condicionar a finalidade da pena apenas com o intento ressocializador, pouco importaria a culpabilidade do agente e a gravidade do delito praticado, pois a quantificação da pena estaria condicionada à reabilitação do agente. Logo, um praticante de um crime que atente dolosamente contra a vida de outrem e que em poucos meses venha a absorver a terapia aplicada para alcançar a ressocialização poderia ser imediatamente liberado; por outro lado, alguém que tenha praticado um crime patrimonial sem violência ou grave ameaça à pessoa que necessite de anos para obter a ressocialização, permaneceria cumprindo pena por mais tempo.

Há, pois, inequívoca desproporcionalidade entre a culpabilidade dos agentes e a gravidade dos fatos, de modo que a quantificação da pena estaria pura e simplesmente condicionada à reabilitação do agente.

No Brasil, diz-se que a finalidade da pena é a ressocialização do indivíduo, conforme a redação do art. 1º, da Lei de Execução Penal quando dispõe que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Todavia, não só a pena não possui tal objetivo,

conforme já explicitado, como o Estado brasileiro não fornece meios para que tal intento se concretize na prática.

Não é preciso tecer muitos comentários acerca da notória péssima qualidade do sistema carcerário brasileiro como um todo, com penitenciárias superlotadas e em péssimas condições de salubridade. São verdadeiros depósitos humanos.

Em dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, editados em junho de 2014, o sistema carcerário brasileiro contava com 563.526 aprisionados, dentre provisórios e definitivamente condenados, excluindo-se aqueles que cumprem pena em prisão domiciliar. O número de vagas disponível era de 357.219, com déficit, portanto, de 206.307 vagas. Logo, fica evidente que não bastasse a dificuldade em se sustentar a prevenção especial positiva enquanto finalidade da pena por razões direcionadas ao próprio indivíduo infrator, mais ainda se torna ineficaz quando o próprio Estado não fornece os meios adequados para que esse objetivo se concretize.

A prevenção especial positiva é elogiável no ponto em que busca trazer uma utilidade prática para a pena, entretanto, não é um modelo eficaz para conduzir a finalidade daquela.

O mais adequado é que a pena possua um modelo de orientação ressocializador, vale dizer, a implementação de políticas públicas que permitam ao sentenciado desenvolver atividades acadêmicas e laborativas no interior do estabelecimento prisional ou a facilitação de seu acesso para aqueles que cumprem sanção extramuros, mas tudo como forma de um direcionamento das políticas públicas do Estado, englobando-se toda a atividade estatal antes e depois da prática delitiva, não como função primária da pena.

Por fim, o modelo de finalidade da pena mais adequado é aquele da prevenção geral positiva, em que a pena tem por função manter as expectativas sociais e a confiança no Estado, de modo que a sanção visa à estabilização da norma e readequação da estrutura social.

Ressalta-se que o modelo é o que melhor explica a finalidade da pena quando opera seus efeitos à manutenção das relações sociais e da coesão que existe entre as conexões subjetivas entre os indivíduos e entre estes e o Estado.

Não há como impedir de maneira plena a prática de delitos, mas a prevenção geral positiva atua como forma de manter a confiabilidade e credibilidade

do Estado perante seus súditos, demonstrando sua presença quando da imposição da pena, assegurando a norma vigente e restabelecendo as conexões intersubjetivas.

A confiança no funcionamento das instituições evita que o Estado dirija-se à bancarrota, na medida em que a efetiva atuação estatal está diretamente ligada à revolta e insatisfação dos cidadãos. Uma nação em que o Estado é fraco não mantém assentes as relações entre os indivíduos e acarreta no aumento da criminalidade. A ausência do Estado, ademais, leva à anarquia.

Está é, pois, a função da pena: garantir a eficácia da norma penal como forma de estabilizá-la e manter a confiabilidade no Estado.

Com isso, não se nega que a pena acarrete um mal ao transgressor da norma, todavia, esta não é sua função precípua ou primária, senão uma consequência lógica de sua imposição. Igualmente, a pena não pode operar efeito ressocializador como objetivo crucial, pois, conforme já demonstrado, trata-se de mera utopia.

Entretanto, a pena não pode ser violadora dos direitos e garantias fundamentais, de modo que sua quantificação deve ser operada proporcionalmente à gravidade do fato e sua aplicação ser equivalente à culpabilidade do agente. Além disso, a condução da pena já em sede de execução penal deve-se igualmente pautar em princípios de humanização e permitir ao sentenciado o acesso a políticas públicas de saúde, educação, trabalho, dentre outras, que possam lhes permitir o alcance da almejada dignidade da pessoa humana. Estas políticas públicas são orientações em que deve se pautar a pena, não constituindo seu ponto central.

Outrossim, as críticas à prevenção geral positiva destinam-se principalmente ao fato de que a teoria não se preocupa com as circunstâncias que envolvem o delito, e tampouco com a recuperação do agente ou à proteção da vítima, sendo que a única finalidade da pena seria estabilizar a norma violada em um ciclo interminável. Ademais, acrescentam que a referida teoria não possui efeito prático, pois a norma é constantemente violada, de modo que não se prestaria à prevenção do crime.

Estas críticas, contudo, não merecem acolhimento, pois o Direito Penal não é um instrumento de solução das mazelas sociais, econômicas e culturais de um país, senão apenas de efetivar o controle social por intermédio da manutenção

das conexões intersubjetivas e restaurar o equilíbrio das sensações perceptíveis da atuação e presença estatais.

A pena, ao ser elaborada, deve levar em consideração a gravidade do delito praticado e possibilitar ao seu aplicador sua adequação utilizando-se de parâmetros relacionados às circunstâncias fáticas, personalidade do agente, dano social causado, dentre outras afetas ao caso concreto. A dosagem da pena variará conforme as conjunturas fáticas, devendo lastrear-se na proporcionalidade e culpabilidade do agente.

Nega-se, além disso, o bem jurídico enquanto o protegido pela norma penal, e a principal crítica que se faz a essa ideia é a de que a pena sempre é aplicada quando a norma já fora violada.

Qual o sentido em se afirmar que a pena protege um bem prezado por determinada sociedade no tempo e no espaço e elencado pelo legislador a ser tutelado por determinada norma penal, se a sanção por sua transgressão é sempre póstuma? Não há sentido em tal afirmação e, como o Direito Penal atinge fatos, não há como se proceder a uma tutela preventiva em que a pena seja aplicada antes da violação da norma. Não há bem jurídico que seja protegido por um sistema de aplicação póstuma da pena.

O que se pode considerar como verídico é que a elaboração da norma penal incriminadora segue a escolha de determinado bem jurídico para sua elaboração, e a pena visa à proteção dessa norma incriminadora, como forma de garantia de sua eficácia. Não há, contudo, a proteção direta deste bem jurídico.

O ramo do Direito adequado à proteção de bens jurídicos é o Direito Civil, posto que este sim é capaz de proporcionar a reparação por um dano causado, como forma de compensação geralmente pela via pecuniária. Não há, em muitos casos, a reparação plena pelo dano causado, mas é a forma mais palpável que se tem para que se opere a reparação pela violação de um bem jurídico. A proteção, ressalte-se, igualmente não é plena, já que igualmente ocorre quando já há a transgressão da norma, porém, o Direito Civil é capaz de operar a reparação do dano, ainda que de maneira compensatória.

A prevenção geral positiva, mormente quando fundamenta o sistema funcionalista de Jakobs, a princípio, é a forma mais eficaz de explicar a pena e a função do Direito Penal, e as modificações e apontamentos referentes ao sistema jakobiano serão explicitadas no próximo capítulo.

Como ficou explicitado neste subtópico, não houve a pretensão de se criar uma nova teoria que explique a pena, de modo que foi eleita a prevenção geral positiva não por ser ela perfeita, mas pelo fato de que dentre as já elaboradas e consolidadas, ela é a que melhor explica a orientação de um sistema jurídico-penal.

4 A REFORMULAÇÃO DA FUNÇÃO ATRIBUÍDA AO DIREITO PENAL: COMPORTAMENTOS DE RISCO

Importante analisar neste tópico qual seja a função do Direito Penal e os aspectos criminológicos que circundam esta área da ciência do Direito.

O Direito Penal sempre existiu perante a humanidade, e sequer nas sociedades anárquicas foi desprezado.

Embora não institucionalizado em períodos anteriores ao próprio Estado, é certo que toda sociedade sempre teve seu mecanismo penal e um regime de sanções correspondentes às infrações.

Frise-se, desde já, que a aparente confusão entre os fins do Direito Penal e da pena não possui razão de ser, e isto porque esta última é o caráter diferenciador daquele em relação às demais áreas do Direito. Nesse sentido, são as lições de Carvalho (2013, p. 144):

Na esfera criminal, as finalidades que orientam a aplicação do direito inexoravelmente serão as propostas a partir da *pena*, sobretudo em razão de a sanção criminal estar consolidada historicamente como a categoria de diferenciação do direito penal dos demais ramos. [...]. A pena não representa apenas o instrumento mais radical e potente do direito penal; é aquele que o *caracteriza* como espécie do gênero direito.

Apesar de ser um fenômeno distinto do *delito*, a *pena* constitui-se na modernidade como a única resposta jurídica possível em face do reconhecimento da existência do crime. Assim, seja na órbita normativa ou na esfera empírica, a pena criminal apresenta forma e conteúdo distintos das sanções aplicáveis aos ilícitos extrapenais. (Ênfases do autor)

Percebe-se que o Direito Penal, em seu aspecto punitivo, é ímpar, pois a pena é a única forma de manifestação estatal possível quando em face da prática de um fato tipificado como crime – ao menos não se cogitou até o presente nenhuma outra maneira tão eficaz quanto a pena.

Dessa forma, a função do Direito Penal e da pena em si estão intrinsecamente ligados.

O papel da pena exposto em capítulo próprio representa bem a evolução dos anseios sociais depositados no Direito Penal. Se na antiguidade e em tempos medievais havia a ideia primitiva da mera retribuição de um fato por outro – ainda que algumas sociedades tenham desenvolvido critérios de proporcionalidade, como no Código de Hamurabi – é certo que as sociedades mais avançadas

abandonaram este conceito retributista e passaram a buscar um sentido mais humanizado e condizente com um Estado Democrático de Direito.

Já se foram os tempos em que o homem se valia dos suplícios como método de punir e impingir sofrimento àqueles que praticassem delitos. As exposições públicas das torturas e outros métodos horrendos cessaram, mas existe a necessidade de analisar o porquê do surgimento de tais suplícios para orientar as bases de um sistema penal.

Michel Foucault (1987, p. 42) explica que:

O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de todos uma força invencível. [...]. E esta superioridade não é simplesmente a do direito, mas a da força física do soberano que se abate sobre o corpo de seu adversário e o domina: atacando a lei, o infrator lesa a própria pessoa do príncipe [...].

Na ideia do supracitado autor, que primeiramente deve ser analisada à luz dos suplícios impingidos durante a Idade Média e até meados da Era Moderna, todo crime é um atentado não somente a uma vítima em si, mas atinge com muito mais intensidade o soberano.

O Estado, portanto, na visão de Foucault, era o atingido primário pelo crime, e os suplícios possuíam uma dupla finalidade: a primeira, de restaurar o equilíbrio social provocado pela prática delitiva; o segundo, o de punir em espetáculos públicos o infrator, demonstrando a eficácia punitiva estatal.

A relação entre o suplício e o crime está mais direcionada, portanto, a relações de poder do que propriamente à retribuição do fato, embora esta ainda não fosse excluída. “O suplício não restabelecia a justiça; reativava o poder” (FOUCAULT, 1987, p. 43).

O suplício realizado em praça pública era uma forma de comunicar à sociedade a presença e força do Estado, apresentando o soberano como o legítimo detentor do poder.

Aos poucos, com o advento dos movimentos iluministas, passando o homem a ser o centro das atenções, e visando à limitação dos poderes estatais, as aflições passaram a ser mal vistas pela sociedade, e em certos casos com repulsa.

Mudou-se a forma de punir, surgindo a prisão como o método racional substitutivo das agruras suportadas pelos delinquentes – embora a prisão já existisse como forma punitiva e de garantia da eficácia do processo penal, não consubstanciava-se na principal forma de sanção.

Neste processo de mitigação das penas, prossegue Foucault (1987, p. 91) afirmando que:

Não é mais a restauração aterrorizante da soberania que vai sustentar a cerimônia do castigo, é a reativação do Código, o reforço coletivo da ligação entre a idéia do crime e a idéia da pena. Na punição, mais que a visão da presença do soberano, haverá a leitura das próprias leis. Estas haviam associado a tal crime tal castigo. Assim que o crime for cometido, e sem perda de tempo, vira a punição [...].¹⁵

Percebe-se claramente que o Direito Penal foi aos poucos perdendo o caráter de retribuição a um fato, para ser erigido à categoria de protetor da lei. As ideias estão em consonância com as funções preventivas gerais positivas da pena, já analisadas em tópico apartado.

A pena, assim como o Direito Penal em si, visava à proteção da norma. Foram-se os tempos em que os suplícios eram aplicados em praça pública em exibição e imposição de terror aos expectadores.

A mitigação das penas horrendas para outras mais brandas e em consonância com a evolução dos direitos humanos e o surgimento de uma sociedade burguesa com o advento da Revolução Francesa e ascensão de tantos outros movimentos libertários, ocasionou inequivocamente na substituição de um Direito Penal do terror por outro em que a pena assume a posição de garantidora da norma. A todo fato criminoso há uma pena correspondente, e esta última assegura a eficácia normativa.

Salo de Carvalho (2013, p. 143-147), embora adepto da teoria agnóstica da pena, leciona que o cerne da questão é que se buscam critérios de justificação da existência da pena, sem, contudo, haver necessidade para tanto, pois o Direito Penal é um mal necessário, e a pena, sendo seu caráter diferenciador das outras áreas do Direito, não deve ser abolida, embora haja tendência para seu abrandamento. Aparentemente, há receio entre os juristas em conceber a pena

¹⁵ A transcrição do trecho da obra seguiu na íntegra a ortografia relativa à data da publicação.

desprovida de um sentido ou objetivo que a justifique, daí o surgimento de diversas teorias, conforme já exposto em capítulo apartado.

E é exatamente essa a forma de proceder. Há a necessidade de uma desvinculação de uma finalidade específica da pena e do Direito Penal, que devem ser entendidos como as formas de violência estatal necessárias aptas a manter a ordem social através de uma teoria da prevenção geral positiva modernizada.

A aplicação de uma pena como forma de manutenção das expectativas sociais deve ser entendida como a infeliz, porém imprescindível, forma de violência estatal apta a conduzir uma sociedade e evitar sua degradação.

A vida social é regulamentada pelas mais diversas áreas do Direito, sejam nas questões cíveis, trabalhistas, ou mesmo do próprio Estado pelo Direito Administrativo. Entretanto, é o Direito Penal que possibilita a manutenção da estrutura social e garante o grau elevado de confiabilidade no funcionamento das instituições estatais, recordando-se que existe a indispensável necessidade de aplicação efetiva da norma, e não a mera previsão abstrata (um Direito Penal abstrato, sem ser aplicado concretamente, igualmente não resultará no aumento da confiabilidade social depositada no Estado).

É importante registrar que deve ser abandonada a ideia de que o Direito Penal é o solucionador-mor dos problemas e mazelas sociais. É muito comum que a todo fato que ganhe repercussão midiática os legisladores apressam-se a criar leis penais para regulamentar uma nova situação – muitas vezes já positivada, porém em texto de abrangência genérica – apenas com o intuito de prestar uma satisfação social.

O efeito pretendido, contudo, não só não é alcançado, como igualmente se gera descrédito social frente às autoridades estatais e cria-se um desnecessário e prejudicial inchaço de normas penais.

O desespero em se atribuir uma função ao Direito Penal decorre justamente do anseio em se cominar à pena uma justificativa que sirva de base à sua manutenção, sendo muito famosa a teoria da prevenção especial positiva, que visa à ressocialização do infrator.

Todavia, não só o Estado falha na recuperação dos seus custodiados (vale lembrar os altos índices de reincidência criminal e as péssimas condições das penitenciárias), como confere fantasiosamente à pena a função de reconduzir os sentenciados à sociedade, da qual foram apartados. Olvida-se que a evitação de

crimes não é realizada com a ministração de aulas de ensino fundamental e médio ou cursos de capacitação, ou mesmo possibilitando que o encarcerado trabalhe.

Pelo contrário, a pena é só um momento de oportunizar a implementação de políticas sociais que visem à criação de cidadãos que cumpram seus deveres sociais. O fornecimento de educação, saúde, habitação, trabalho, dentre outros direitos sociais, é dever do Estado em qualquer fase da vida de um cidadão, e as políticas de base é que se desenvolvem como aptas para diminuir os índices de criminalidade.

Porém, tampouco a prevenção geral positiva expressa corretamente todas as funções estabelecidas pelo Direito Penal, porquanto ao orientar o sistema penal como forma de assegurar a eficácia normativa, não há redução dos poderes estatais, pelo contrário, há sua exacerbação com o inchaço do Direito Penal, pois toda norma penal deve ser protegida, independentemente de sua razoabilidade e desprezando-se o resultado de quaisquer condutas.

O Direito Penal, dessa forma, exerce uma forma de controle social, visando apenas a assegurar a não ruptura social. Uma sociedade desprovida de qualquer sistema penal não possuiria um sistema de conexões intersubjetivas entre seus cidadãos que fosse suportado por muito tempo, já que a confiabilidade no funcionamento das instituições com o advento da atividade criminosa não passível de qualquer sanção estaria extremamente abalada.

A função primordial do sistema penal, assim, não é a de proteger a norma, mas proteger comportamentos humanos que não provoquem riscos sociais, o que será explicado à frente.

4.1 A Inexistência De Proteção De Bem Jurídico E A Proteção De Comportamentos Sociais

Uma proposta deste trabalho é a negação de que o Direito Penal ofereça proteção a bens jurídicos.

Primeiramente, importante ressaltar o que seja bem jurídico. Não existe na doutrina um consenso sobre o que exatamente seria o bem jurídico, e Regis Prado acaba por defini-lo como decorrência das necessidades humanas advindas de

experiências concretas de vida (2010, p. 41). Esta ideia permite a generalização do conceito de bem jurídico, haja vista as flutuações consistentes dos próprios bens elencados como juridicamente relevantes.

É extremamente comum nas doutrinas nacional e internacional que se ocupem os estudiosos em atribuir ao Direito Penal a missão de tutela bens jurídicos penalmente relevantes, os quais devem ser selecionados pelo legislador ao elaborar a pena de acordo com critérios estabelecidos pela própria sociedade, além da utilização de marcas culturais, sociais, econômicas, dentre outras. Seriam bens jurídicos a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio, a privacidade etc.

Regis Prado (2010, p. 20), assim leciona:

A relação entre bem jurídico e pena opera uma simbiose entre o valor de bem jurídico e a função: de um lado, tendo-se presente que se deve tutelar o que em si mesmo possui um valor, o marco da pena não é senão uma consequência imposta pela condição valiosa do bem; de outro lado, e ao mesmo tempo, a significação social do bem se vê confirmada precisamente porque para a sua proteção vem estabelecida a pena. Tudo isso contribui para concretizar os requisitos da capacidade e necessidade de proteção, que é comum se exigir dos bens jurídicos por ocasião de prever sua tutela.

No mesmo sentido, Zaffaroni (1995, p. 50) explica:

El derecho penal provee, pues, a la seguridad jurídica, aspirando a que no se reproduzcan las acciones lesivas de bienes jurídicos que tipifica. La coerción penal aspira a evitarlas, a prevenirlas. En este sentido no cabe duda de que el derecho penal tiene una clara *aspiración ética*, que participa y corona la general función formadora del ciudadano que compete al derecho. En otras palabras, entendemos que *el derecho penal tiene la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable, lo que, ineludiblemente, implica una aspiración ético-social*.¹⁶ (Ênfases do autor)

Ambos os autores afirmam expressamente que a missão do Direito Penal é tutelar bens jurídicos socialmente relevantes, atribuindo-lhes o âmbito de proteção penal. Zaffaroni ainda acrescenta que o Direito Penal tem uma função ética de formação do cidadão.

¹⁶ O direito penal provê, pois, a segurança jurídica, aspirando que não se reproduzam ações lesivas a bens jurídicos que tipifica. A coerção penal aspira a evita-las, a preveni-las. Neste sentido, não há dúvida de que o direito penal tem uma clara *aspiração ética*, que participa e coroa a função formadora do cidadão que compete ao direito. Em outras palavras, entendemos que *o direito penal tem a função de prover a segurança jurídica mediante a tutela de bens jurídicos, prevenindo a repetição ou realização de condutas que os afetam de forma intolerável, o que, indubitavelmente, implica em uma aspiração ética-social*. (Tradução livre do espanhol)

Todavia, o Direito Penal não só não protege bens jurídicos, como há confusão entre a doutrina acerca do objeto de formação legislativa e da função do Direito Penal.

Não se nega aqui a existência dos bens jurídicos. Devem ser eles entendidos como bens elencados por uma sociedade no tempo e no espaço como juridicamente relevantes, devendo a norma penal criar tipos penais de acordo com o bem selecionado. Assim, ao tipificar um delito de homicídio, o legislador baseia-se no bem jurídico equivalente à vida; ao tipificar o furto, o faz com base no patrimônio, e assim por diante. Entretanto, deve haver a negação da assertiva de que os bens jurídicos são protegidos pelo Direito Penal, para transportar o âmbito de proteção para comportamentos humanos que não criem riscos a estes bens jurídicos.

Há equívoco ao atribuir a missão do Direito Penal à proteção destes bens jurídicos, pois a atuação da pena é sempre póstuma, vale dizer, não há nenhuma proteção a um bem jurídico, e a afirmação de que a aplicação da pena conduziria à reparação estatal do dano atribuí apenas um caráter meramente retributivo à sanção penal.

Não se pode, assim, confundir o âmbito de proteção do Direito Penal com os bens elencados para a formação dos tipos penais.

A função do Direito Penal não é a de proteger o bem jurídico penalmente tipificado, pois ao assim afirmar estar-se-ia dando àquele caráter de prevenção geral positiva típico do defendido por Jakobs, o qual não se concorda na íntegra neste trabalho.

O Direito Penal deve conduzir-se à proteção de comportamentos humanos não criadores de riscos sociais proibidos, e não do bem jurídico. Assim, o Direito Penal não protege a vida, a liberdade de locomoção, a saúde etc., mas sim comportamentos sociais que não criem riscos que atentem contra estes mesmos bens.

A função do Direito Penal é a de promover o controle social através da manutenção das expectativas sociais de que terceiros não criem comportamentos de risco não tolerados. A manutenção destas expectativas é promovida não pela proteção normativa, como defende Jakobs, mas sim com amparo de condutas que se adéquem a parâmetros socialmente delimitados.

Jakobs defende a negação dos bens jurídicos sob o manto protetivo penal, transferindo este conteúdo para a norma positivada que regula o

comportamento. Para o referido autor, não há lesão penal à vida, mas sim à norma que considera o homicídio um tipo penal (2009, p. 63).

Tal posicionamento também é equivocado, pois parte da premissa de que toda violação normativa necessariamente deve ser considerada um delito, o que é um erro. Na verdade, comportamentos humanos que gerem riscos proibidos é que devem ser objeto de atuação do Direito Penal, pois é dessa forma que haverá o aumento da confiabilidade social depositada no Estado apta a permitir a manutenção das relações sociais.

A ideia que se pretende expor pode ficar mais clara quando se leva em conta que o Direito Penal é uma área do Direito que atua com fatos concretos. Os bens jurídicos são elementos abstratos utilizados para a formação das normas e restrição do *jus puniendi* estatal, além de constituir uma via de quantificação da reprimenda a ser aplicada. Todavia, não é o bem jurídico que é protegido, mas sim o comportamento humano que não crie risco ao bem, pois a atuação humana ocorre a todos os momentos, da mesma forma em que toda atividade do homem constitui riscos em maior ou menor grau. A lesão a um bem jurídico pode ocorrer tanto pela causação humana que crie um risco não permitido, como também por causas alheias, e somente a primeira hipótese é que geraria a atuação penal.

Exemplifica-se a proposição acima com a atuação de uma empresa de transporte aéreo. É cediço que aeronaves constituem riscos à integridade física e à vida dos passageiros, pois ainda que tomadas todas as precauções de manutenção do veículo e bom treinamento dos pilotos, ainda assim existe o risco de acidente, mesmo que mínimo. Nessa hipótese, caso a aeronave venha a sofrer uma queda, existe responsabilidade penal, ainda que culposa, pelo fato dos passageiros vierem a óbito? Evidentemente que não. Porém, nesse caso, existiu lesão a um bem jurídico consistente na vida, mas ainda assim não há atuação penal, pois na verdade não houve a criação de um risco proibido.

Percebe-se, assim, que existe a exposição de bens jurídicos a lesões em todos os momentos, mas não necessariamente decorrem de condutas humanas e, se delas decorrem, nem sempre existe a criação de um comportamento de risco não tolerado. Pelo contrário, há riscos que são e devem ser tolerados para possibilitar a convivência humana, e são estes comportamentos que devem estar no âmbito de proteção penal.

5 A TEORIA FUNCIONALISTA

Após o advento do finalismo em substituição ao causalismo, que predominou por várias décadas entre os penalistas, houve certa resistência de início, o que era de se esperar.

Toda teoria que rompe praticamente com toda a estrutura de sua predecessora para inovar e conceituar o delito de uma nova forma causa alarde e oposição dos defensores da ideia que vem a ser considerada como ultrapassada.

Hodiernamente, ao menos entre os juristas brasileiros, predomina o pensamento finalista idealizado por Welzel, em que a conduta humana é um ato dirigido a uma finalidade específica, em que dolo e culpa são integrantes da tipicidade, e a culpabilidade deixou de ser o elemento subjetivo do crime conforme pregavam os causalistas, para ser tratada como mero elemento normativo representando um juízo de reprovabilidade da conduta.

O monopólio finalista, como era de se esperar, e principalmente quando se considera que o Direito é longe de ser uma ciência imutável, vem sendo ameaçado pelo funcionalismo, que prega uma análise diferenciada em relação ao nexo de causalidade e integração da função do Direito Penal como elemento inserido no próprio modelo de conceito de crime.

No presente trabalho não se visa à exposição direta do funcionalismo ou promoção de suas ideias, e tampouco um traçado histórico do perfil de cada uma das teorias que visou à explicação do conceito de crime em si.

Pelo contrário, este ensaio é direcionado à análise da função do Direito Penal analisada sob a luz do conceito de crime, em uma crítica do funcionalismo e a apresentação de um esboço sobre qual é a real função do Direito Penal.

Entretanto, para que este trabalho seja concluído, existe a necessidade de dissecação das teorias funcionalistas que hoje existem, bem como explicar suas divergências internas, para que se busque uma finalização apropriada para os fins pretendidos neste trabalho monográfico.

5.1 O Funcionalismo De Claus Roxin

Ao lado de Günther Jakobs, Roxin propôs um sistema funcionalista que se preocupa com a análise do caso concreto e vale-se de uma orientação político-criminal para a estruturação de sua teoria do delito.

Roxin preocupa-se com a criação de uma teoria do delito que possa afastar indefinições proporcionadas pelo finalismo, afirmando que este último não se coaduna com as funções pretendidas do Direito Penal em todas as circunstâncias. Ao definir um delito como um fato típico, antijurídico e culpável, e contendo uma ação direcionada a uma vontade, muitas vezes imputa-se a um fato o rótulo de crime, sem que a conduta necessariamente implique em um risco social.

O funcionalismo de Roxin orienta-se para a proteção subsidiária de bens jurídicos, afirmando-se que o sistema penal deve ser conduzido para as finalidades do Direito Penal. Não basta afirmar que existe a proteção de bens jurídicos, sendo certo que a pena a ser aplicada deve ser conduzida conforme as funcionalidades atribuídas ao Direito Penal (ROXIN, 2008, p. 52-53).

Que fique claro desde já que as alterações propostas não visam a romper completamente com o finalismo, mas aperfeiçoá-lo e orientá-lo de acordo com os fins pretendidos pelo Direito Penal, promovendo-se correções.

Algumas imperfeições apontadas pelo doutrinador ao finalismo levaram à criação de um sistema que se orienta no sentido da função do Direito Penal baseada na imputação objetiva.

Frise-se que imputação objetiva não se confunde com responsabilidade penal objetiva, tratando-se de institutos completamente diversos. A imputação objetiva é uma forma de se atribuir um resultado objetivamente a uma ação humana, tratando-se de uma maneira de se adequar o nexos de causalidade em substituição à *conditio sine qua non*. Por outro lado, a responsabilidade penal objetiva é aquela em que se atribui um fato a determinado agente sem que exista dolo ou no mínimo culpa, bastando a causalidade, o que em Estados Democráticos de Direito é vedado.

A imputação objetiva visa à correção de incongruências em relação ao nexos de causalidade entre o resultado e a ação humana. O finalismo propôs acertadamente a readequação do elemento subjetivo, transferindo-o para ação humana direcionada a uma finalidade, porém, não elaborou uma crítica suficiente no

próprio tipo incriminador, embora se reconheça seu mérito no tocante à limitação do regresso ao infinito (ROXIN, 2008, p. 101-102).

Roxin desenvolveu sua imputação objetiva lastreada em três pilares básicos: criação de um risco não permitido; risco realizado no resultado concreto; e resultado integrado ao alcance do tipo (2008, p. 104).

O primeiro elemento, consistente na criação de um risco não permitido não se refere em princípio a algo que infrinja a norma, como propõe Jakobs. Roxin baseia-se em riscos sociais que extrapolem os limites razoáveis do cotidiano. Para isso, vale-se de um exemplo em que “A”, visando à morte de “B”, e tendo conhecimento de que há vários homicídios ocorrendo em determinada localidade, instiga “B” a viajar a tal lugar, onde vem a ser assassinado. O causalismo e o finalismo têm dificuldades em explicar tal situação, porém, para o funcionalismo, não houve a criação de um risco juridicamente relevante, de modo que embora existente o dolo, o resultado não pode ser objetivamente imputado ao agente (ROXIN, 2008, p. 102-106).

Damásio de Jesus (2014, p. 321), explicando a teoria da imputação objetiva, afirma que toda conduta humana, em maior ou menor grau, produz riscos, estejam as condutas regulamentadas ou não pela legislação, como ocorreria com as regras de tráfego. A referida teoria busca minorar a atribuição de resultados a determinadas condutas, sendo possível que o agente pratique ação dentro do risco permitido e produza um resultado que esteja previsto no ordenamento jurídico como típico, sem que haja a imputação deste àquele. Como exemplo, cita o caso do motorista que, dirigindo dentro dos parâmetros da legislação, vem a atropelar um pedestre. A conduta é atípica porque não houve a criação de um risco proibido.

O segundo elemento da imputação objetiva roxiniana trata do risco realizado no caso concreto. Para explicar este ponto, Roxin (2008, p. 103) cita como exemplo o fato de que “A” atira em “B” com *animus necandi*, porém apenas o fere, o que leva terceiros a acionarem uma ambulância que, ao conduzir o lesionado ao hospital, acidenta-se, ocasionando o óbito de “B”.

Pela teoria da equivalência dos antecedentes, Roxin afirma que haveria a prática de um delito de homicídio, haja vista que a abstração mental hipotética de uma das causas (o fato de “A” atirar em “B”) suprimiria todas as ocorrências posteriores – tal posicionamento, em que pese a afirmação do autor, poderia ser mitigado pela existência das causas relativamente independentes supervenientes.

A questão é que o doutrinador segue afirmando que existe a necessidade de que o risco não permitido produzido tenha se operado no caso concreto, e no exemplo citado, a morte decorreu do acidente de trânsito, que não pode ser atribuído à conduta de “A”. O fato deste último ter disparado uma arma de fogo não eleva os riscos de um acidente de trânsito, e por isso não houve a realização de um risco no caso concreto. Não há exclusão do dolo, mas sim de um elemento de atribuição objetiva (ROXIN, 2008, p. 106-107).

O que Roxin pretende com este segundo requisito para a imputação objetiva é o estabelecimento de uma relação entre a criação do risco não permitido e sua realização. Não basta a criação de um risco não permitido se não houve a possibilidade de atribuição do resultado à criação deste risco. No exemplo já citado acima, embora “A” tenha criado o risco de ocasionar a morte de “B” com o disparo de arma de fogo, a morte deste não ocorreu em decorrência do risco criado por aquele, mas pelo acidente de trânsito, o qual “A” não colaborou para a ocorrência.

Por fim o último elemento estabelecido por Roxin (2008, p. 103) para a configuração da imputação objetiva é explicada com um último exemplo em que “A”, traficante de drogas, entrega heroína a “B”, que vem a falecer pelo consumo da substância entorpecente. O doutrinador questiona se haveria dolo eventual na conduta de “A”, e afirma que pela simples causalidade, a resposta seria positiva.

Todavia, para a imputação objetiva, o tipo do homicídio não alcança o evento, haja vista que, em que pese presentes os demais requisitos, a autocolocação da vítima em estado de perigo afasta a responsabilização do agente, posto que a injeção foi manuseada por ela mesma, não possuindo o traficante ação imputável. A vítima tinha ciência dos riscos de sua conduta, de modo que a autorresponsabilidade transfere a criação do risco não permitido apenas para a conduta do tráfico, excluindo-se a do homicídio (ROXIN, 2008, p. 107-108).

Analisados os aspectos da teoria da imputação objetiva, percebe-se que ela é capaz de explicar tanto delitos comissivos quanto omissivos. Os primeiros basear-se-iam na criação de um risco não tolerado pelo próprio agente, enquanto em relação aos delitos omissivos, em que há o dever de agir para evitar o resultado, o não agir gera a criação do risco.

Da mesma forma, explicam-se perfeitamente os delitos culposos, porém, em total reestruturação ao modelo até então conhecido pelos finalistas. Roxin (2008, p. 116-118) criou um modelo de ilícito culposos que se baseia também na

criação de um risco não tolerável, embora inexistente o dolo. Trata-se de atribuir um resultado objetivamente a quem tenha criado o risco. O autor critica os elementos da evitabilidade, previsibilidade e violação do dever de cuidado objetivo, afirmando que são conceitos superficiais e desprovidos de conteúdo jurídico e, no caso do último, nada mais é do que a criação de um risco não tolerado sob outra nomenclatura.

A imputação objetiva roxiniana, parece, portanto, capaz de explicar todos os tipos de fatos penalmente relevantes sob um enfoque diferenciado, o da criação de riscos não tolerados.

O funcionalismo de Roxin, entretanto, não se limita apenas à implementação da teoria do risco como imputação de um resultado a uma conduta, mas também modifica o conceito de culpabilidade para uma concepção de responsabilidade. A teoria do delito, constituída por fato típico, antijurídico e culpável, seria entendida como fato típico (com imputação objetiva), antijurídico e responsável.

Essa ideia é exposta pelo autor nos seguintes termos (ROXIN, 2008, p. 85):

Assim como o injusto deve ser sistematizado desde as tarefas do direito penal – a defesa contra riscos socialmente insuportáveis – utilizando-se de regras de imputação dela decorrentes, a responsabilidade, como segunda categoria central do sistema do fato punível, deve fundar-se sobre a teoria dos fins da pena. Enquanto a teoria do ilícito responde à pergunta sobre que atos são objeto de proibições penais, a categoria da responsabilidade visa solucionar o problema dos pressupostos com base nos quais o agente poderá ser responsabilizado penalmente pelo injusto que praticou. Contentar-se unicamente com a culpabilidade do autor é o ponto de vista das teorias retributiva puras, segundo as quais o sentido da pena se encontra exclusivamente na compensação da culpabilidade.

A proposta de Roxin, portanto, envolve a elaboração de um injusto penal que proteja comportamentos de risco tolerável, os quais devem ser afastados do âmbito de abrangência penal e, no que tange à culpabilidade, deve esta orientar-se para uma característica de responsabilidade, envolvendo a culpa *lato sensu* e a necessidade de imposição da pena.

Entende-se que no caso de não necessidade de imposição da pena não haveria crime, pois a mera culpabilidade desprovida de uma real necessidade de aplicação de uma sanção não configura a responsabilidade penal.

Cita-se como exemplo a inexistência de culpabilidade para menores de 14 anos (menoridade penal na Alemanha), em que não haveria propriamente

exclusão da culpabilidade se o fato previsto como típico fosse praticado por um adolescente de 13 anos de idade. A sociedade entende que para estes indivíduos não há a necessidade de imposição de uma pena, pois tais delitos não são uma ameaça social, bem como a ressocialização de juvenis por meio de uma pena igualmente não é o modo adequado. Para estes agentes, há desnecessidade da pena, e essa é a justificativa para que seus atos não constituam delitos (ROXIN, 2008, p. 90-91).

O funcionalismo roxiniano cria uma associação entre culpabilidade e necessidade da pena como forma de se imputar subjetivamente a responsabilidade ao agente, de modo que a ausência de um ou outro não permite a incriminação de condutas.

Trata-se de incrementação de políticas criminais referentes às funções preventivas geral e especial da pena trazê-las à teoria da pena.

5.1.1 Críticas ao funcionalismo roxiniano

O funcionalismo proposto por Roxin deve ser analisado sob suas duas vertentes: a primeira, relativamente à imputação objetiva de um resultado à ação criadora de um risco proibido; a segunda, a culpabilidade somada à necessidade da pena, criando-se a ideia de responsabilidade.

A imputação objetiva de Roxin explica diversas falhas contidas no finalismo e orienta o sistema penal à ideia de função que este exerce. O autor defende a proteção de bens jurídicos e transfere a relação de causalidade para um âmbito criador de riscos não tolerados socialmente e que violem tais bens jurídicos.

Trata-se de uma teoria que visa à minoração do Direito Penal, restringindo a atuação estatal somente a comportamentos que causem um transtorno social, devendo haver a análise do caso concreto para se chegar à conclusão se houve ou não um resultado ao qual se possa objetivamente imputar ao agente.

Grandes críticas são apontadas por Luiz Regis Prado (2011, p. 381-382), pois este afirma ser de difícil apreciação concreta a relação de causalidade e o momento de apuração da imputação objetiva dentro do plano analítico de crime. O

autor explica que para os delitos dolosos existiria a necessidade de aferição da imputação objetiva previamente ao dolo; para os crimes omissivos impróprios, a imputação objetiva substitui a relação de causalidade. Entretanto, no que concerne a estes últimos, afirma a insegurança de atribuição do resultado acarreta na afirmação da criação de um aumento de risco e visão evitável da conduta, de modo que o funcionalismo retornaria às ideias propostas pelo finalismo em relação à inevitabilidade de condutas e ainda acrescenta a necessidade de se atribuir o resultado à conduta omitida.

O referido autor ainda segue afirmando que a imputação objetiva não proporciona segurança, porquanto há divergência sobre qual o momento de sua sistematização dentro da tipicidade, se seria um elemento analisado antes ou depois de verificada a tipicidade, ou se tratar-se-ia de um requisito integrante. Essa dificuldade, aliada ao fato de que a imputação objetiva abrange conceitos normativos excludentes de tipicidade, como a adequação social, conduz inequivocamente a classificar a teoria como um fantasma que ora encontra-se em uma posição no tipo, ora em outra (PRADO, 2011, p. 383-385).

De fato, uma teoria nova pode trazer certos desconfortos e dificuldades de compreensão em um primeiro momento, e poucas são as novas proposições que ao serem apresentadas já estão em estado de maturação suficiente para serem plenamente implantadas.

Entretanto, pelas orientações de Roxin, as dificuldades apresentadas em relação ao posicionamento sistemático da imputação objetiva dentre os elementos que explicam o crime não parecem ser tão dificultosas como propõe Luiz Regis Prado, e isto porque claramente ela critica e vem a substituir o método de causalidade da *conditio sine qua non* para realizar a conexão entre o resultado e a ação criadora de um risco não tolerado. Trata-se de um requisito englobado no próprio tipo, de modo que a inexistência de imputação objetiva acarreta na atipicidade do fato.

Ademais, a imputação objetiva possui méritos no tocante à abrangência de conceitos normativos que dificilmente podem ser explicados pelo finalismo, como a adequação social e a explicação de delitos culposos.

O funcionalismo abrange todos os conceitos, englobando-os como a criação de comportamentos de riscos não tolerados. No caso de elementos como a adequação social, princípio da insignificância, dentre outros não abrangidos pelo

finalismo, mas dos quais se utilizam para a definição de quais condutas devem ser materialmente típicas ou não, o funcionalismo é apto a explicá-las sem precisar valer-se de elementos externos à própria teoria do crime, baseando-se na criação de riscos.

Não há criação de riscos na causação de lesões corporais durante a prática desportiva, e para o funcionalismo, isto não seria explicado pela adequação social, na verdade é a tolerância social à conduta que leva à não criação do risco proibido; da mesma forma, o furto de uma caneta ou de um sabonete seria explicado pelo princípio da bagatela, mas para o funcionalismo pode facilmente ser definido como uma conduta não criadora de risco.

Utilizando-se de um parâmetro mais próximo do Brasil, tem-se o delito capitulado pelo art. 233, do Código Penal (ato obsceno). Grande parte da doutrina exclui a tipicidade do fato quando praticado em local ermo que, embora acessível ao público, é de difícil acesso ou encontra-se fora de limites urbanos razoáveis. Trata-se da utilização de princípios como adequação social para o âmbito da teoria finalista.

Entretanto, neste mesmo exemplo, não há uma explicação eficaz para o porquê da conduta não ser considerada ilícita, sendo utilizados de elementos não contidos na própria estruturação do conceito de crime para uma explicação. Aclara-se, por exemplo, que o fato é atípico porque é socialmente adequado, da mesma forma que o seria a conduta da mãe que fura as orelhas da filha para que lhe sejam colocados brincos.

O funcionalismo, por outro lado, ao englobar esses conceitos, permite uma explicação mais adequada. A criação de riscos não permitidos no âmbito social leva à conclusão de que a prática de um ato que ofenda o pudor, porém praticado em local ermo, não gera qualquer risco; da mesma forma, a conduta da mãe ao furar as orelhas da filha não gera risco social relevante.

A referida teoria afasta a incidência de diversos fatos que ocasionam de perigo abstrato, pois ao não oferecerem um prejuízo concreto não podem ser considerados como ações causadoras de riscos.

Trata-se, em verdade, da criação de uma teoria única que possibilita a explicação simultânea de crimes dolosos e culposos sem distinção, pois todos originam-se da criação de riscos. A cisão conceitual do finalismo decorre justamente do fato de que os delitos culposos não são condutas direcionadas a uma finalidade,

porquanto inexistente o dolo em sua prática (o indivíduo não quer praticar o crime, que ocorre, entretanto, da violação do dever de cuidado). Para não tornar inócua a teoria, o finalismo propôs um conceito normativo dos delitos culposos baseado na violação do dever de cuidado – o que se assemelha muito ao conceito de criação de riscos.

Ademais, o mérito finalista decorre apenas da correção do elemento subjetivo do tipo, mas não implementou um sistema eficaz de atribuição objetiva do resultado à ação. Roxin critica isto afirmando que a entonação deste elemento volitivo característico do finalismo pode, eventualmente, acarretar abusos como a incriminação de condutas tentadas que acarretaram resultados irrelevantes (2008, p. 57).

Percebe-se, assim, que o funcionalismo não se preocupa somente com o dolo e a culpa e o direcionamento de uma conduta a um resultado, mas também se debruça sobre o resultado provocado e a possibilidade ou não de sua atribuição à conduta praticada.

No aspecto da teoria da imputação objetiva, portanto, veem-se mais benefícios e uma evolução conceitual em relação ao finalismo.

A segunda vertente do funcionalismo de Roxin, baseada no critério de responsabilidade penal (culpabilidade mais necessidade da pena) é o ponto onde sua teoria peca.

Conforme demonstrado neste trabalho, dos modelos existentes de prevenção da pena, o que se demonstra mais adequado é a prevenção geral positiva, embora apontadas algumas modificações. Todavia, Roxin defende expressamente que a pena visa a atender aos fins preventivos geral e especial da pena, vale dizer, afirma que a função do Direito Penal é a de proporcionar a recuperação do indivíduo.

Entretanto, já esgotado o tema, inexistente ressocialização, sendo a pena apenas uma nova oportunidade de se permitir a implementação de políticas públicas que visem à recuperação do indivíduo. Ao orientar a responsabilização penal para fins ressocializadores, tem-se que caso não haja a necessidade de aplicação da pena por já ser o indivíduo ressocializado, não haveria crime, o que soa absurdo.

Roxin também orienta a função do Direito Penal para fins de prevenção geral, porém, afirma que esta não pode ser exclusividade. Porém, quando se cogita da desnecessidade de fins ressocializadores ou curativos do indivíduo, tem-se que a

prevenção especial faz-se desnecessária, de modo que a única finalidade remanescente seria a prevenção geral, o que incorreria em semelhança ao funcionalismo de Jakobs, o que Roxin refuta cabalmente. Há incongruência neste ponto.

Não há como conciliar funções preventivas e especiais da pena conjuntamente como modelos de orientação do Direito Penal para explicar a teoria do delito, pois a contradição gerada acarreta em insegurança na aplicação dos conceitos funcionais.

Ademais, a pena deve ser entendida como uma consequência lógica da prática de um crime, e não como elemento integrante daquele. A pena existe em razão da prática de um crime, e um comportamento humano que crie um risco não permitido é a justificação de sua existência.

5.2 O Funcionalismo De Günther Jakobs

O funcionalismo idealizado por Günther Jakobs, denominado funcionalismo radical ou sistêmico, é aquele modelo de orientação no sentido de que o conceito analítico de crime deve atender os fins pretendidos pelo Direito Penal, à semelhança do que propõe Roxin.

Não se pretende aqui, da mesma forma que no exposto em relação ao funcionalismo de Roxin, esgotar as minúcias da teoria jakobiana, pois este não é o propósito deste trabalho. O intento nesta obra é a de apresentar a teoria e realizar uma interpretação crítica de seus méritos e eventuais desacertos.

O funcionalismo de Jakobs recebe a denominação radical ou sistêmico em razão da teoria buscar uma solução para todos os casos apresentados com apenas uma teoria abstrata, vale dizer, utiliza-se de um método dedutivo. A teoria pode ser aplicada a todos os casos sem a necessidade de análise do caso concreto, como pretende a teoria de Roxin (PRADO, 2011, p. 378).

Isto quer dizer que o modelo proposto por Jakobs, embora reconheça a necessidade de apreciação do caso concreto e da função do Direito Penal quando da incidência da norma penal, optou por criar uma teoria que possa explicar todos os casos em seu âmbito de incidência.

Para Jakobs, a função da pena, e por extensão do próprio Direito Penal, é a de assegurar as expectativas sociais intactas, vale dizer, a confiabilidade no funcionamento das estruturas estatais deve ser mantida, o que é confirmado através da pena como método de validação da norma penal.

A norma penal deve ser protegida, e a pena é a forma eficaz de garantir essa proteção.

Jakobs desenvolve toda a sua estrutura delitiva atendendo a este interesse do Direito Penal na manutenção das expectativas sociais, e não propriamente na impossibilidade de prática de crimes. Dessa forma, aquele que pratica uma conduta típica, ilícita e culpável, merece a reprimenda penal não como forma retributiva, mas em caráter preventivo, restabelecendo a coesão social e a confiabilidade coletiva nas instituições estatais.

O crime não é algo evitável através da existência pura e simples do Direito Penal, que é apenas um instrumento de controle social mediante a manutenção das expectativas e relações sociais.

Com esse embasamento, Jakobs criou a teoria da imputação objetiva da conduta e a idealizou de forma diferenciada daquela observada por Claus Roxin.

Em Jakobs, a imputação objetiva é uma forma de assegurar o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo praticado mediante a criação de riscos não permitidos ou não tolerados socialmente.

Primeiramente, o referido autor estabelece que o Direito fundamenta-se em contatos sociais, devendo existir ao menos dois indivíduos para que haja regulamentação normativa das relações sociais e, conseqüentemente, do próprio Direito Penal (JAKOBS, 2000, p. 14-15).

Todo indivíduo possui uma determinada função, ou, nas palavras de Jakobs, um “papel” a desenvolver no deslinde das relações sociais. Jakobs define este papel como sendo “um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos intercambiáveis; trata-se, portanto, de uma instituição de que se orienta com base nas pessoas” (2000, p. 20).

Os cidadãos de determinada localidade desenvolvem as mais diversas atividades diuturnamente e, dessa forma, diferenciam-se uns dos outros pelos papéis que exercem no seio social. Um indivíduo que não cumpra uma tarefa e por esta não seja responsável, obviamente não se vinculará à responsabilização no caso de criação de uma atividade de risco.

O cumprimento do papel social, portanto, consiste no direcionamento de certas condutas viabilizando a ocorrência de um modelo social tolerado. Não se trata, portanto, necessariamente da colocação em situação de garante, mas sim da condução da vida social de maneira a possibilitar as interações sociais sem a criação de riscos que não se coadunem com a manutenção da estabilidade das mesmas interações sociais.

Tomem-se as lições de Jakobs (2000, p. 20):

As expectativas dirigidas ao portador de um papel configuram o esquema de interpretação cujo concurso é imprescindível para que as ações individuais possam adquirir um significado socialmente vinculante. No âmbito dos fatos culposos isso fica claro: ainda que o condutor não pense nisto, conduzir um automóvel em velocidade excessiva *constitui* uma colocação em perigo das pessoas; independentemente da opinião do autor, fumar cigarros perto de materiais inflamáveis é uma atividade de colocação em perigo de bens, objetos e direitos. Entretanto, tampouco no âmbito dos delitos dolosos é determinante a interpretação que o autor dê a seu fato, vigora, também nos crimes dolosos, a interpretação objetiva, orientada com base no papel do autor. (Ênfase do autor)

Verifica-se que referida teoria aplica-se simultaneamente a delitos culposos e dolosos. No exemplo dado pelo referido autor, a direção perigosa em alta velocidade constitui a colocação em perigo de certos indivíduos que estejam no caminho do motorista, ainda que este não tenha a intenção deliberada de lesionar qualquer uma destas pessoas.

Por outro lado, a violação do papel social do indivíduo fica ainda mais clara em relação aos delitos dolosos, cuja criação do risco é muito mais elevada.

A teoria da imputação objetiva de Jakobs, com a criação de riscos proibidos socialmente, sustenta-se justamente no exercício dos papéis atribuídos a cada indivíduo.

Partindo desta premissa, afirma-se que todas as interações sociais inequivocamente conduzem à criação de riscos, alguns maiores e outros menores, porém, é inevitável que todas as relações contenham riscos.

Isto pode ser exemplificado com o ato de dirigir um veículo automotor. A direção é um exemplo clássico da criação de riscos permitidos, pois o ato de dirigir um veículo implica na possibilidade de acidentes a todo momento, sem que estes impliquem necessariamente em condutas criminosas, desde que o ato de dirigir esteja amparado dentro de parâmetros razoáveis como utilização de cinto de segurança, direção sóbria e dentro dos limites de velocidade, respeito à sinalização

etc. Se a direção for praticada dentro destes limites, não haverá a criação de riscos proibidos e, conseqüentemente, afasta-se o nexos de causalidade apto a conectar conduta e resultado danoso.

Entretanto, a fim de evitar a paranoia que seria a evitação de todos os contatos sociais, Jakobs (2000, p. 34-35) acalma os ânimos ao afirmar que:

Essa trivial constatação não conduz, entretanto, à conclusão de que esses contatos sociais devem ser evitados: a partir do contato corporal, passando pelo tráfego viário, o convite para comer e beber, o tratamento médico, as crianças irem à escola, até o fato de provocar alegria; e isso por uma dupla razão: em primeiro lugar, porque na maior parte das vezes, renunciando a esses tipos de *contatos*, não se obtém um balaço positivo para a vida em sociedade – o ermitão provavelmente só viveria são e feliz nas lendas –, e, em segundo lugar, e sobretudo, porque, como regra geral não há alternativa a esses contatos: quem pode permitir-se converter em ermitão? Posto que uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível; pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como *risco permitido*. (Ênfases do autor)

O próprio autor argumenta que a vida em sociedade é arriscada, entretanto, existem determinados riscos que devem ser tolerados e que representam apenas situações interativas dentro dos parâmetros sociais razoáveis.

A negação à convivência em sociedade para se evitar os riscos inerentes a ela mesma acarreta na vida ermitã, em total apartamento da comunidade.

Percebe-se que em Jakobs o seu ideal funcionalista está intrinsecamente relacionado à sua teoria da imputação objetiva.

Ora, a função do Direito Penal, para Jakobs, não é de proteger bens jurídicos, conforme já explicitado, mas sim de garantir a eficácia normativa, trazendo a estabilização das relações sociais e restabelecendo a confiança social depositada no Estado.

Se determinada conduta somente pode ser imputada ao indivíduo que rompa com seu papel social, criando, dessa forma, um risco proibido, houve a quebra das expectativas de que tal conduta não seria praticada e, portanto, a aplicação da norma restabelecerá as conexões intersubjetivas entre os cidadãos não violadores da mesma norma.

A questão assemelha-se ao contrato social, na medida em que os indivíduos entregam ao Estado parcela de sua liberdade para que a convivência coletiva possa ser viabilizada. Todavia, cada indivíduo exerce um papel dentre as mais complexas relações sociais existentes.

A violação desse papel é que justifica a interferência do Direito Penal, cuja função é reestruturar as relações sociais e garantir a eficácia normativa.

O funcionalismo de Jakobs propõe que o que deve ser assegurado é a eficácia normativa, logo, a conduta violadora da norma deverá ser passível da reprimenda penal, seja ela privativa de liberdade ou não.

Ainda realiza um adendo ao afirmar que a imputação objetiva mediante a criação de um risco permitido não se trata de uma justificção da conduta, mas de atipicidade. Exemplifica o doutrinador com uma situação em que em uma determinada estrada, o indivíduo dirige a 69 km/h, enquanto o limite máximo permitido seria de 70 km/h (abaixo do limite máximo permitido e, dessa forma, não se criando qualquer risco não permitido, senão o decorrente da própria dirigibilidade de veículo automotor). Na mesma situação, uma ambulância que seja conduzida na mesma estrada a 75 km/h a fim de se deslocar a local onde necessitem de seus serviços de urgência, não estará violando qualquer norma penal, pois o risco criado por seu condutor é permitido dentro dos limites sociais, tratando-se de fato atípico (JAKOBS, 2000, p. 38-39).

O que o supracitado autor quer dizer é que determinados indivíduos possuem papéis sociais, e o correto cumprimento dessa tarefa não cria riscos não tolerados, pelo contrário, todos os riscos decorrentes de seus atos estarão devidamente amparados pela aquiescência social. No exemplo dado referente ao motorista da ambulância, seu papel social é o de resgatar vítimas e assistir os enfermos e, como são casos de urgência, sua conduta deve ser relevada.

A teoria jakobiana, dessa forma, engloba conceitos que no finalismo são abstratos e visam a explicar determinados casos, porém, sem integrar a teoria em si, como é o caso da adequação social. Para os finalistas, a adequação social torna o fato atípico, porém, não explica adequadamente o porquê de tal situação; o funcionalismo, por outro lado, integra estes conceitos dentro da própria teoria do delito através da criação de riscos permitidos e os não tolerados.

Todo o sistema de Jakobs, portanto, está direcionado aos papéis sociais e seu devido cumprimento. A violação do papel social, criando riscos não

permitidos e, conseqüentemente, rompendo com as expectativas sociais, gera uma conduta passível de reprimenda.

5.2.1 Críticas ao funcionalismo jakobiano

O funcionalismo jakobiano é aquele em que os indivíduos possuem determinados papéis dentro da estruturação social, de modo que todos esperam mutuamente a ocorrência de comportamentos que não criem riscos não permitidos.

A ideia dos riscos está pautada no âmbito de proteção normativa, vale dizer, um comportamento de risco é aquele direcionado à violação normativa.

Muito se afirma que os ideais propostos por Jakobs acarretam no inchaço do Direito Penal em relação aos delitos de perigo, pois mesmo que um determinado comportamento não acarrete um resultado lesivo, porém descumpra algum preceito normativo, automaticamente estaria incorrendo em violação normativa passível de punição.

Ademais, critica-se a referida teoria no sentido de que a mera afirmação de que a pena visa à confirmação da norma cria excessos e carece de sentido prático, pois não opera nenhum efeito sobre o infrator, a sociedade ou a vítima.

As críticas merecem razão em parte. Pelo que fora exposto até o presente momento, percebe-se uma tendência deste trabalho aos pensamentos da prevenção geral positiva de Jakobs, porém, existe de fato a necessidade de reestruturação de sua teoria, pois em alguns pontos acarreta-se na criação de um Direito Penal simbólico, porém, sem tantos extremismos como proposto pela doutrina em geral.

A teoria de Jakobs é grandemente criticada porque supostamente criaria um Direito Penal baseado na proteção normativa, o que quer dizer que tudo o que viole a norma é considerado como crime. Porém, sem os extremismos das críticas, relembra-se, conforme já exposto no tópico referente à teoria da prevenção

geral positiva, que Jakobs mitiga a função do Direito Penal ao afirmar que este somente deve atuar em casos de relevância social, de modo que interesses puramente particulares devem ser excluídos do âmbito de proteção penal.

Além disso, em nenhum momento o referido autor prega pela abolição de preceitos como crimes de bagatela, mas apenas orienta sua posição no sentido de que a função do Direito Penal é de estabilizar a norma mediante a aplicação da pena, o que garante a confiabilidade no Estado e conseqüentemente mantém as expectativas sociais, possibilitando o intercâmbio das mais diversas relações humanas.

Rememore-se que o funcionalismo de Jakobs baseia-se na criação de papéis sociais, e o correto cumprimento dessas atribuições não gera risco social, ainda que haja o descumprimento da norma, como no exemplo do motorista da ambulância que dirige acima do limite de velocidade. Se o papel social está sendo cumprido, não há risco proibido criado, sendo o fato atípico.

Roxin (2008, p. 143-144) critica Jakobs nos seguintes termos:

Esta concepção [de Jakobs] deve ser rechaçada, uma vez que do conceito de culpabilidade ela conserva unicamente o nome; em verdade, ela já o abandonou, fundamentando a imputação subjetiva unicamente nas necessidades de prevenção geral. [...]. É inaceitável, porém reduzi-la a esta dimensão, admitindo a culpabilidade e a punição unicamente porque, para dizê-lo com *Jakobs*, tal pareça socialmente útil para um “exercício de fidelidade ao direito”, pois o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento dos interesses sociais. (Ênfase do autor)

Para Roxin, portanto, a teoria de Jakobs viola a dignidade da pessoa humana por colocar o homem como método de instrumentalização para que se alcancem os interesses sociais de estabilização da norma e aumento da confiabilidade nas instituições estatais. Abandonaram-se os critérios de culpabilidade para transferir toda a carga penal na ideia de prevenção geral.

Dos modelos atualmente propostos para explicar a função do Direito Penal e orientar uma teoria geral do delito que siga os moldes daquele, a teoria de Jakobs parece não ser a mais adequada.

A mera afirmação de que a proteção normativa é a de ser respeitada de fato é um conceito abstrato e insuficiente, posto que qualquer previsão normativa, ainda que grotesca, quando violada, criará um risco não permitido e, assim, passível da imposição de uma pena.

O funcionalismo proposto por Jakobs confunde os conceitos de tipicidade com conduta, e acaba por mesclá-los. O fato típico deve ser composto pela conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade. Entretanto, ao conduzir a ação humana como algo que viola a norma, Jakobs antecipa o juízo de tipicidade para já direcionar a conduta como enquadrada em um tipo penal, o que dificulta a análise de sua teoria de risco e despreza o resultado, pois o que valeria é a conduta violadora da norma.

Um modelo ideal e mais condizente com a realidade transferiria o âmbito de proteção penal não à norma em si, mas a comportamentos sociais relevantes e que não criem riscos não tolerados pela própria sociedade. Exemplificando: para Jakobs, alguém que conduza um veículo automotor embriagado, ainda que esteja dirigindo em linha reta, não tenha perdido o senso de direção e não esteja provocando qualquer resultado lesivo, terá praticado crime, pois ao violar a norma criou um risco não permitido; um modelo de transferência do âmbito de proteção para a criação de comportamentos sociais releváveis e não criadores de riscos sociais, e não aqueles comportamentos que apenas violem a norma, como pretende Jakobs, seria mais adequado, e neste mesmo exemplo não haveria crime.

O mérito da teoria funcionalista, entretanto, é trazer ao conceito de delito elementos sociológicos e atenuantes que permitem integrar em uma teoria todas as possibilidades do fato e, baseando-se na criação de riscos, estipular quais as condutas devem ser consideradas como crimes ou não.

Não se excluem os preceitos básicos do finalismo, pois a conduta permanece como algo direcionado a uma finalidade, porém, diante da incapacidade desta teoria de explicar determinados casos, o funcionalismo visa à supressão desta deficiência.

Dessa forma, a ideia aqui exposta é a de que a teoria de Jakobs para explicar a função da pena está mais próxima da realidade no sentido da prevenção geral positiva, mas deve ser modificado o âmbito de proteção do Direito Penal, que de fato não protege bens jurídicos, mas tampouco deve assegurar a eficácia normativa. Porém, a teoria de Jakobs para explicar um conceito de crime é inadequada.

Jakobs se aproxima mais de um modelo de função do Direito Penal ideal, enquanto Roxin ainda fantasia a prevenção especial como método de

integração à teoria do delito, o que já igualmente fora rechaçado. A teoria do delito em si de Roxin, por outro lado, é mais apropriada que a de Jakobs, porquanto não considera a violação normativa como meio de criação de riscos, mas sim a criação destes riscos dentro de um âmbito socialmente relevável, o que condiz melhor com a proteção de comportamentos que se esperam de terceiros.

A teoria de Jakobs deve ser abrandada no sentido de que não é a violação normativa que acarreta necessariamente a criação de riscos não permitidos, mas é a imposição social que determina o que é permitido ou não. A violação de uma norma sem a criação de um risco social não acarreta na prática de um crime, ainda que haja uma norma que especificamente preveja abstratamente a conduta.

Logo, a ideia proposta neste trabalho é a de que Jakobs criou um sistema de orientação da função do Direito Penal à prevenção geral positiva, que de fato é a forma mais adequada de explicação, porém, havendo a necessidade de modificação do âmbito de proteção jurídica para os comportamentos sociais que não gerem riscos. É com a proteção destes comportamentos que será possível manter as expectativas sociais e aumentar a confiabilidade no funcionamento das instituições.

A pena é mera consequência lógica da violação de um comportamento não tolerado, e não a forma de estabilizar as expectativas sociais.

Da mesma forma, a teoria de Roxin referente à criação de riscos não permitidos merece mais crédito que a de Jakobs, porquanto se preocupa com o caso concreto e cria critérios mais palpáveis para determinar a imputação objetiva de um resultado a um comportamento de risco. Porém, o conceito de culpabilidade de Roxin não é o mais adequado, conforme já exposto alhures.

5.3 O Funcionalismo É Um Modelo Viável?

A história do Direito demonstra que esta ciência está em constante evolução e aperfeiçoamento, é de longe estático.

Superados o causalismo e o neokantismo, este último que sequer chegou a substituir aquele de fato, surgiu o finalismo elaborado por Welzel,

orientando o conceito de ação para conduta humana direcionada a uma finalidade e esvaziando a culpabilidade e conteúdo psicológico para atribuir-lhe um conceito normativo de reprovabilidade social do ato.

Ocorre que desde a década de 1970, quando surgiram as primeiras vozes funcionalistas, já se observavam alguns pontos negativos do finalismo que não poderiam ser explicados, embora não se pretendesse romper com sua estrutura tão radicalmente como ocorreu com o finalismo em relação ao causalismo.

O funcionalismo pretende orientar o conceito analítico de crime no sentido da função do próprio Direito Penal, pois não faz sentido que haja uma teoria formalizada que não atenda às intenções da própria ciência em apreço.

O modelo funcionalista de Roxin criou a teoria da imputação objetiva visando à correção da tipicidade elaborada por Welzel na medida em que, apesar de atribuir a este o mérito de corretamente elaborar um sistema de tipo subjetivo como conduta orientada a uma finalidade, inobservou que haveria a necessidade de também corrigir o tipo objetivo relativamente à imputação do resultado ao fato.

Conforme já demonstrando, Roxin elaborou uma teoria baseada na sociedade de riscos permitidos e proibidos. O resultado lesivo somente pode ser imputado ao agente no caso de sua conduta ter criado um risco não tolerado, de modo que os riscos permitidos tornam o fato atípico, ainda que haja a descrição em um tipo penal.

O funcionalismo roxiniano pretende analisar o caso concreto, e a teoria de riscos de fato proporciona um modelo mais adequado a explicar as relações cotidianas e imputar um resultado ao agente. O finalismo possui algumas dificuldades de explicar determinadas situações que o funcionalismo elucida sem maiores transtornos. Na verdade, o funcionalismo possibilita o englobamento de conceitos de que o finalismo tem que se valer para explicar fenômenos não abrangidos por ele mesmo, como o princípio da insignificância e adequação social.

A imputação objetiva de Roxin é viável como modelo corretor da tipicidade proposta pelo finalismo, porquanto explica melhor determinadas situações que não podem ser compreendidas pela teoria hoje adotada.

O funcionalismo teleológico, entretanto, é inviável do ponto de vista da culpabilidade, pois Roxin modificou o conceito tradicional pregado pelo finalismo para conduzi-lo à ideia de responsabilidade, já se levando em consideração a necessidade da pena. Entretanto, não só a pena é apenas consequência da prática

de um delito, como também já ficou demonstrado que as pretensões ressocializadoras de Roxin são infundadas e teoricamente levam a hipóteses de descriminalização de condutas quando o agente não necessitar ser curado.

Contudo, o modelo funcionalista é mais adequado justamente em razão de orientar toda a sistemática às funções do Direito Penal. Essas mesmas funções, todavia, não são melhores propostas por Roxin, que defende simultaneamente as prevenções geral e especial, bem como a proteção de bens jurídicos. O modelo que se aproxima mais de um sistema condizente com a função do Direito Penal é o proposto por Jakobs pela prevenção geral positiva.

Entretanto, mesmo o modelo de Jakobs não é perfeito, pois a mera afirmação de que o Direito Penal deve proteger a norma é insuficiente, devendo o modelo ser orientado não para proteger a norma, e sim proteger comportamentos humanos não causadores de riscos. Jakobs acertou quando afirmou que o Direito Penal não protege bens jurídicos, mas não somente suas afirmações sobre a função do Direito Penal estão equivocadas, como também seu modelo funcionalista pautado exclusivamente na manutenção das expectativas sociais é inadequado.

Um funcionalismo ideal seria aquele pautado na imputação objetiva de Roxin, porém, orientando a interpretação de todo o modelo conceitual de crime à proteção de comportamentos humanos não criadores de riscos sociais não tolerados.

Ademais, o finalismo possui equívocos e imperfeições teóricas que merecem correção, pois apesar de a estrutura do delito finalista obter em determinados casos uma resposta satisfatória, o modo de condução desta teoria é insuficiente.

Oportuna, neste momento, a crítica de Jakobs (2009, p. 196-197):

Assim, argumenta-se – não apenas sob a força sugestiva da palavra “final” – que essa teoria apenas se adequaria a fatos intencionais, ma objeção que o próprio *Welzel* provocou ao insistir na atividade finalista, pois, no caso de meras consequências secundárias, não se pode falar de provocação finalista. É certo que existe uma conduta finalista mesmo quando a atividade finalista não se estende às consequências, pois, enquanto existir um ato arbitrário consciente, a *execução* da conduta é sempre dirigida a uma finalidade, sejam as consequências visadas ou não. Quando as consequências não são visadas, mas são conhecidas do agente, a execução finalista da conduta constitui uma “expressão de sentido” também quanto às consequências secundárias, e tem por conteúdo o recuo de sua evitação diante do interesse em executá-la. Todavia, nesse caso, o acento da relevância jurídica da conduta desloca-se daquilo que é visado para aquilo que é assumido [...]. (Ênfases do autor)

Com sua crítica, Jakobs pretendeu esclarecer que Welzel não se preocupou com o resultado das ações finalistas, apenas delimitando o âmbito da execução da ação, desprezando, contudo, a consequência direta e as secundárias da conduta humana direcionada a um fim.

Condutas secundárias seriam desprezadas pelo agir finalista, que apenas se preocupa com o fim direto da ação, e somente são imputáveis ao agente se fossem conhecidas deste. Porém, dessa forma, não houve agir finalista, de modo que as consequências secundárias podem ser atribuídas somente através de algo que foi assumido pelo autor do fato, independentemente de seu agir ter ou não sido direcionado nesse sentido.

Trata-se de um posicionamento que se coaduna com o que já fora exposto por Roxin, pois Welzel preocupou-se apenas em modificar a estrutura do delito criando um tipo subjetivo e suprimindo o conteúdo psicológico da culpabilidade, porém, desprezou a formulação de um tipo objetivo adequado a fim de que se preste a precisamente imputar o resultado à ação humana.

Resumindo, o finalismo está ultrapassado em razão de possuir falhas estruturais e produzir resultados satisfatórios sem uma dogmática apropriada e, por vezes, ter de se valer de elementos alheios à própria teoria para explicar com eficácia determinados fenômenos que o funcionalismo pode explicar com maior precisão. Além disso, a teoria meramente formalizada, sem um direcionamento que atenda às funções propostas pelo Direito Penal, esvazia a teoria de sustentabilidade.

Entretanto, nos moldes como proposto tanto por Roxin quanto Jakobs, entende-se que o funcionalismo ainda exige maturação para substituir o finalismo, ainda engessado na doutrina resistente brasileira.

O funcionalismo, desde que adequado aos moldes propostos nesse trabalho, atribuindo ao Direito Penal a função de manter as expectativas sociais mediante a proteção de comportamentos humanos não criadores de riscos sociais, bem como aderindo ao critério da imputação objetiva de Roxin parece ser o mais adequado para explicar o conceito de crime.

6 CONCLUSÃO

A necessidade de imposição de freios ao Estado em relação ao *jus puniendi* acarretou na necessidade da implementação de uma teoria sobre o delito que explicasse seu conteúdo e estipulasse requisitos formais e materiais que delimitem fatos passíveis da intervenção penal daqueles irrelevantes ao Direito Penal.

Von Liszt e Beling tiveram grande êxito ao formular o causalismo, pois se tratou da primeira teoria que reuniu critérios específicos para se definir um conceito delitivo; logo após, com o advento do neokantismo e do finalismo, sobressaiu-se este, permanecendo como a teoria dominante na Alemanha e, após, sendo implantado no Brasil, onde perdura como majoritário até hoje.

O mérito do finalismo foi o de suprimir da culpabilidade elementos psicológicos, atribuindo-os à ação, entendida esta como conduta humana direcionada a uma finalidade. Com isso, Welzel foi capaz de solucionar diversos problemas do causalismo, como aqueles relativos aos crimes omissivos, tentados e culposos, os quais não eram propriamente desenvolvidos pelos causalistas.

Todavia, por volta da década de 1970, surgiram os primeiros funcionalistas, que entendem que o conceito de crime deve ser orientado no sentido da função do Direito Penal, não fazendo sentido criar-se uma teoria que seja apenas formal, sem que seu conteúdo seja orientado para as vontades da ciência penal.

O funcionalismo surgiu como teoria substitutiva do finalismo, embora não rompa com seus principais preceitos, visando à correção de certos detalhes mediante a imputação objetiva, apesar dos dois principais funcionalistas – Claus Roxin e Günther Jakobs – divergirem em suas teses.

A imputação objetiva de Roxin é um modelo mais adequado à explicação de se atribuir determinados resultados a ações humanas, pois ao se basear em condutas que criam riscos sociais, há o desprezo por resultados de menor relevância, ou que acarretem na criação de riscos que a sociedade tolera.

Ao criar sua teoria finalista, Welzel corrigiu a teoria causalista e criou um tipo subjetivo, orientando a conduta através da culpa e dolo. Todavia, ignorou uma forma de criar um tipo objetivo que condissesse com a imputação do resultado

à conduta, pois manteve a causalidade dos antecedentes como forma de nexos de causalidade.

Embora ao direcionar a conduta para uma finalidade tenha limitado significativamente o alcance do tipo, Welzel ainda não solucionou a totalidade dos problemas criados pela causalidade, o que é corrigido pela imputação objetiva, vale dizer, não se pode atribuir um resultado a uma conduta que não originou um risco social proibido. Logo, a título exemplificativo, aquele que dirige dentro dos limites de velocidade, utiliza cinto de segurança e respeita a sinalização, não pode ter um eventual resultado danoso, como um atropelamento, imputado à sua conduta, pois o ato de direção, neste caso, somente criava riscos sociais totalmente permitidos e naturais do próprio ato de dirigir.

Além disso, o finalismo exige a utilização de outros conceitos para corrigir o que não pode explicar, como o princípio da insignificância e a adequação social. O funcionalismo, por outra forma, já abrange essas hipóteses com perfeição, pois ambas não criam riscos sociais não tolerados.

A ideia funcionalista parece ser melhor do que o finalismo proposto por Welzel, porém, não nos moldes atuais.

Roxin não só baseou seu modelo para a imputação objetiva, mas também alterou o conceito clássico da culpabilidade para o que ele mesmo denomina responsabilidade (culpabilidade mais necessidade da pena). Entretanto, não só ignora que a pena é mera consequência lógica da prática de um delito, não podendo, portanto, integrar o conceito de delito em si, como também a orientação da função do Direito Penal que o doutrinador prega é equivocada.

Ao defender que a função do Direito Penal é simultaneamente o de atender os fins de prevenção geral e especial, Roxin cria não só uma incongruência, como equivoca-se ao defender a ressocialização.

A ressocialização, recuperação ou cura dos agentes criminosos não é a função do Direito Penal, por várias razões, mas tem como principais o fato de que não só alguns indivíduos nada têm a ser curado ou ressocializado, pois em nenhum momento deixaram de ser integrantes de uma determinada comunidade, como também a suposta ressocialização está condicionada à vontade do agente, independentemente do Estado fornecer ou não meios para que ela seja alcançada. Logo, o agente que não queira ser ressocializado terá sua pena automaticamente convertida em uma forma retributiva, pois a função da reprimenda perdeu o sentido.

O funcionalismo de Jakobs igualmente não é o ideal, pois seu critério de imputação objetiva baseia-se na criação de papéis sociais e na eficácia da norma como objeto de proteção do Direito Penal. O modelo de imputação objetiva jakobiano é inadequado, porquanto utiliza a violação normativa como critério de atribuição de um resultado a uma ação, confundindo a tipicidade com nexos de causalidade. Além disso, cria-se um inchaço de delitos de perigo abstrato, pois ainda que determinadas ações possuam resultado irrelevante, serão criadores de riscos na visão jakobiana.

Por outro lado, a visão de Jakobs do que seja a função do Direito Penal, considerando a prevenção geral positiva, aproxima-se mais de um modelo ideal, pois se desprende do temor de desvincular o Direito Penal de uma função justificadora atribuindo à proteção normativa uma forma de garantir a manutenção das expectativas sociais e permitir a vida em sociedade.

De fato, o Direito Penal é o que mantém o controle social e a expectativa dos cidadãos de que seu espaço individual não será violado, todavia, Jakobs atribui a proteção à norma, quando na verdade, o que merece proteção do Direito Penal são comportamentos humanos não criadores de riscos sociais.

Deve haver a negação de que o Direito Penal seja o solucionador das mazelas sociais, bem como proteja bens jurídicos. Os bens jurídicos são apenas elementos de que se vale o legislador para criar os tipos penais, porém, não são eles protegidos pelo Direito Penal, pois são constantemente expostos a lesão ou perigo de lesão sem que isso necessariamente implique intervenção penal.

O âmbito de proteção penal deve ser transferido para comportamentos humanos que gerem riscos, pois a estes sim deve haver intervenção penal.

Ademais, atribuir a função do Direito Penal à teoria do crime parecer ser uma forma mais adequada de estruturar o conteúdo de um modelo penal, pois não faz sentido criar um objeto sem que este atenda a um determinado fim. Toda a estrutura do delito (fato típico, antijurídico e culpável) deve ser analisada sob a ótica da função do Direito Penal.

Hodiernamente, como estão fundamentadas as teorias de Roxin e Jakobs, conclui-se que o conceito de crime ainda não pode ser substitutivo do finalismo, pois alguns elementos contidos em ambas as teorias funcionalistas impedem sua completa implementação.

Contudo, com maturação e adaptações que orientem o Direito Penal à proteção de comportamentos sociais não criadores de riscos não tolerados socialmente, atribuindo um resultado a uma conduta através da imputação objetiva e orientando todo o sistema penal às finalidades do próprio Direito Penal, tem-se um modelo que seria mais adequado e apto para ser erigido a sobrepor o já ultrapassado finalismo.

BIBLIOGRAFIA

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal**. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1992, t. 2.

———. **Tratado de Derecho Penal**. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1992, t. 3.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

———. Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 1.

———. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 2.

CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DURKHEIM, Émile. **The Division of Labor in Society**. Tradução: Steven Lukes. Nova Iorque: Simon and Schuster, 2014.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução: Eugênio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: O Nascimento da Prisão**. Tradução: Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 14^a ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2012, v. 1.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis Editor, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Questões Jurídico-Penais**. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1940.

JAKOBS, Günther. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

———. **Tratado de Direito Penal**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, t. 1.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946, t. 1.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 36. ed. São Paulo, Saraiva, 2001, v. 1.

NOVO Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil. **Site do Conselho Nacional de Justiça. Brasília/DF**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>. Acesso: em 18 out. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral, Parte Especial**. 5. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

———. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1.

ROXIN, Claus. **La Teoría Del Delito En La Discusión Actual**. Tradução para o espanhol de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

———. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. **Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis Editor, 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 1981, v. 3.

———. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 1995, v. 1