XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

João Porto Silvério Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-793-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Reuniram-se os autores dos textos ora apresentados em uma tarde ensolarada do outono brasileiro, por ocasião do XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia.

Apresentados e discutidos os textos, na ordem em que agora serão apresentados, restou claro o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra e que foram divididos, de acordo com a temática de cada um, em três grandes blocos: direito penal material, o direito processual penal e a execução penal.

Destacam-se no primeiro bloco os seguintes textos:

- Princípio da insignificância no direito penal: fundamentos e aplicabilidade, das autoras Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno e Rejane Alves De Arr, que versa sobre o estudo do princípio da insignificância sob a ótica de seu acolhimento ao longo da história, de seus fundamentos e aplicabilidade na Justiça Comum e Militar, bem como de sua análise frente aos princípios da adequação social e da ofensividade e dos crimes de menor potencial ofensivo. Destacou-se que o princípio da insignificância passou a ser aplicado pelos Cortes Superiores na década de 80, momento que denota um avanço no processo de efetivação da subsidiariedade do direito penal no Brasil.

- A condenação criminal pelo uso de droga e a reincidência, do autor Bruno Pinheiro Caputo, e que traz uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores e da legislação a respeito da condenação criminal pelo uso de drogas e o instituto da reincidência, com vistas à resposta à seguinte questão: a condenação por uso de drogas é geradora da reincidência?

- Espécies invasoras e a tutela do direito penal: o caso do bagre-africano, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Vanessa de Vasconcellos Lemgruber França, que versa sobre a abordagem jurídico-penal no tratamento de espécies invasoras em solo brasileiro, mais precisamente o Bagre-africano na região do Rio Caratinga. Pondera-se sobre a nova faceta do bem jurídico tutelado pelo direito penal na seara ambiental em decorrência do surgimento de novos riscos e do aprofundamento do processo de globalização.

- Para um conceito adequado de corrupção pública no direito penal, de Camilo de Oliveira Carvalho, que se volta à compreensão do conceito de corrupção, sobretudo da corrupção pública, bem como à identificação acerca de quais crimes do Código Penal é possível utilizar adequadamente o termo. O autor faz um breve panorama sobre o problema da corrupção para, em seguida, trabalhar com a sua compreensão ética e política. Por fim, são apresentados parâmetros para a identificação da corrupção pública, analisando, no Código Penal Brasileiro, as hipóteses aptas a se enquadrarem no conceito exposto.

- O bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro e a sua necessária identificação para a proteção da ordem constitucional, de Rhayssam Poubel de Alencar Arraes e Leonardo Ferreira dos Santos, e que analisa a natureza do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro demonstrando a sua importância para a proteção da ordem constitucional. É examinada a estrutura do referido delito, seu histórico, e a relação com seu objeto de tutela. O artigo conclui que o bem jurídico salvaguardado é a ordem econômica, sendo que a sua identificação é traduzida no amparo de direitos e garantias fundamentais do acusado e na defesa da ordem econômica, ambos elementos essenciais da ordem constitucional brasileira.

- Discurso jurídico penal e (pós) democracia, de Clodomir Assis Araújo Júnior, que trata da seguinte temática: entre a crise e um estágio de (pós) configuração, persistem vários discursos que tentam identificar de fato quais seriam as principais marcas da intervenção penal brasileira. O autor busca compreender se a função de contenção do poder punitivo vem sendo adequadamente concretizada pela Justiça Criminal Brasileira. Para tanto, foi perquirida a relação entre o eficientismo judicial, o ideário prevencionista da pena e as distorções da criminalização nos meios de comunicação.

- O direito penal do trabalho e a construção histórica da tutela penal em prol da organização do trabalho, de Marina Calanca Servo e Jair Aparecido Cardoso, que propõe a produção de novos olhares sobre os movimentos de proteção dos direitos laborais, mediante análise dos avanços obtidos no amparo desse bem jurídico. Para tanto, os autores percorrem desde o resultado da herança escravista às garantias concedidas pela Constituição de 1988, visando compreensão e análise da legitimidade ao Direito Penal do Trabalho.

- Responsabilização penal da pessoa jurídica e a (im) possibilidade de aplicação da teoria do domínio da organização, de Claudevan da Silva Lima, que assim pode ser resumido: considerando o atual posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de responsabilização penal da pessoa jurídica, o texto tem por objetivo, partindo da criação da teoria do domínio do fato por Welzel e sua evolução para teoria do domínio da organização com seus pressupostos constitutivos desenvolvida por Roxin, fazer uma análise das teorias e,

ao final, constatar a possibilidade da aplicação da teoria do domínio da organização nos delitos empresariais.

- Fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, de Jamir Calili Ribeiro, o qual discute o fundamento jusfilosófico do reconhecimento da capacidade criminal da pessoa jurídica, para o fim de responder às seguintes perguntas: é possível pensar na possibilidade de um ente coletivo praticar uma infração penal? Se for possível, o que fundamenta essa capacidade? Conclui-se que a capacidade criminal das pessoas jurídicas é uma capacidade criada pelo legislador por questões de política criminal, que atende a algumas premissas diferentes das utilizadas na imputabilidade penal das pessoas físicas, inspirada no Direito Penal Simbólico.

- A nova inquisição: o Supremo Tribunal Federal e a sua conduta de juiz inquisidor consonante à teoria do direito penal do inimigo de Günter Jakobs, das autoras Karine Silva Carchedi e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, que pode ser resumidamente apresentado da seguinte forma: Recentemente, o Supremo Tribunal Federal consolidou-se como detentor de legitimidade para a abertura de inquérito com o fim de investigar possíveis notícias fraudulentas emanadas contra a instituição, bem como seus ministros e familiares. O texto objetiva analisar os possíveis pontos de inconstitucionalidade presentes na Portaria GP nº 69 de 14 de março de 2019, o seu caráter processual penal inquisitivo não adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, e a forma como se coaduna com o direito penal do inimigo.

- Os fins da pena: uma breve exposição sobre a teoria da prevenção geral positiva de Günter Jakobs, de Ana Carolina Ramos Silveira, e que tem por objetivo tecer breve exposição sobre os fins da pena conforme as teorias absolutas e relativas e, especialmente, sobre a teoria da prevenção geral positiva conforme Günther Jakobs.

- Sistema de justiça penal prospectivo: em busca de um paradigma de justiça social, de Brenda Caroline Querino Silva e Luiz Fernando Kazmierczak, e que busca compreender a responsabilidade da ineficiência da ressocialização dos condenados quanto a propagação do sentimento de ódio e vingança nos indivíduos. Objetiva-se destacar o caráter meramente retrospectivo do sistema criminal brasileiro, a fim de que seja possível elucidar a importância de sua humanização e alteração da perspectiva social atual.

Os textos que compõem o segundo grande bloco, que versa sobre o direito processual penal, são apresentados doravante, também por título, autores e conteúdo:

- Etiologia Criminológica no senso comum teórico e processo penal como instrumento de defesa social: (des)velando o fundamento da periculosidade do agente para garantia da ordem pública na prisão preventiva, dos autores Marcus Vinicius Do Nascimento Lioma e Juliano de Oliveira Leonel, e que pode ser assim resumido: A Criminologia etiológica, centrada no determinismo, abandonou a noção de responsabilidade penal ancorada no livre-arbítrio, fazendo com que o corpo criminológico voltasse a atenção para a finalidade de cessar ou diminuir a periculosidade do sujo, dentro de uma concepção de defesa social. A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite o uso da prisão preventiva para garantia da ordem pública partindo da noção de periculosidade do agente. O texto procura demonstrar o equívoco de se atribuir ao processo penal, notadamente à prisão preventiva, metas de defesa social, dentro do atual paradigma de um Estado Democrático de Direito.

- Prazo razoável do processo: liberdade de imprensa versus presunção de inocência do acusado, dos autores Tiago Oliveira De Castilhos e Valdir Florisbal Jung, que propõe uma reflexão sobre o princípio da razoável duração do processo, da análise da influência ou não da imprensa no trâmite dos processos e no julgamento de crimes de maior repercussão. A liberdade de expressão da mídia prevalece sobre a presunção de inocência nesta sociedade acuada pela (in)segurança pública? O que a torna mais propensa a confundir justiça e a vingança? Sobre o tema, os autores trataram, comparativamente, de dois processos de homicídio que tramitaram em Canoas, terceiro PIB do RS.

- “Pacote anticrime”: uma análise da transposição do instituto da plea bargaining para o processo penal brasileiro, de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Joice Graciele Nielsson, o qual analisa a transposição, para o processo penal brasileiro, do instituto da plea bargaining, questionando em que medida esta transposição se afigura como manifestação de um modelo eficientista de processo que viola as garantias estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito. O texto encontra-se estruturado em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos. Na primeira, analisa-se o instituto da plea bargaining conceitualmente; na segunda, visa estabelecer uma crítica ao instituto e à sua “transposição” à realidade brasileira, buscando evidenciar a lógica eficientista que subjaz à citada proposta de alteração legislativa.

- O artigo “A evolução da investigação policial e a feição resolutiva do delegado de polícia: mudança de paradigma”, de Irineu Coelho Filho e Marina Garcia Valadares, propõe uma releitura do sistema de investigação policial adotado pelo ordenamento jurídico, demonstrando a importância e a necessidade de seu aprimoramento, o que irá repercutir no aperfeiçoamento da Justiça Criminal. Busca-se com apoio na bibliografia uma revisão

conceitual, a construção e oferecimento de proposta de mudança de paradigma, atribuindo ao delegado de polícia a função de conciliador em prol da efetividade do direito fundamental de acesso à justiça.

Por fim, os textos que tratam da execução penal, são os seguintes, por título, autores e resumo:

- Presídios e a iniciativa privada, de Evelise Slongo Dudziak, o qual propõe desvendar em que medida o Estado pode abrir mão da prestação do serviço público de segurança e conceder à iniciativa privada tal tarefa, diante da crise do sistema carcerário. Conclui-se que a administração dos presídios pode ser repassada às entidades privadas, sendo uma estratégia viável ao Poder Público.

- Panóptico: mecanismos de controle social e jurídico na sociedade contemporânea, de Fernanda dos Santos Andrade Amaral e Simone Valadão Costa e Tressa, O trabalho versa sobre o estudo do panóptico, idealizado por Jeremy Bentham como modelo arquitetônico para instituições de vigilância e retomado por Foucault sob o aspecto da dominação de pensamentos, bem como os diversos mecanismos de controle na sociedade contemporânea. A conclusão indica a necessidade de conscientização dos indivíduos quanto ao controle e a necessidade de elaboração de regras para uso moderado desses mecanismos.

- A modalidade da educação à distância para os apenados: inclusão social e efetividade dos direitos da personalidade, de Débora Alécio e Zulmar Antonio Fachin, e que tem por objetivo discutir a situação de vulnerabilidade do apenado, diante da necessidade de inclusão social por meio da educação. Considera-se que a educação à distância é uma modalidade capaz de alcançar este público vulnerável, acesso este que procura garantir o mínimo existencial, o resguardo aos direitos da personalidade e se mostra como meio hábil de ressocialização. Por isso, a educação à distância se torna um instrumento de inclusão social do preso e consequente efetivação do direito à educação e direitos da personalidade.

O leitor, por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos autores na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação às demandas hodiernas.

Tenham todos ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. João Porto Silvério Júnior - UNIRV

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - UNIJUI

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS FINS DA PENA: UMA BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE A TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA DE GÜNTHER JAKOBS

THE PURPOSES OF PUNISHMENT: A BRIEF EXPLANATION ABOUT GÜNTHER JAKOBS THEORY OF POSITIVE GENERAL PREVENTION

Ana Carolina Ramos Silveira

Resumo

Este artigo tem por objetivo traçar uma breve exposição sobre os fins da pena conforme as teorias absolutas e relativas e, especialmente, sobre a teoria da prevenção geral positiva conforme Günther Jakobs. Para tanto, foi utilizada como ponto de partida a tradução espanhola da obra Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (1997), com a explanação e crítica sobre as teorias absoluta e relativa da pena. Por fim, destacou-se a teoria da prevenção geral positiva, conforme postulada por Jakobs, concluindo sobre como ela se diferencia de outros postulados teóricos.

Palavras-chave: Direito penal, Teoria da pena, Teoria da prevenção geral positiva, Funcionalismo penal, Günther jakobs

Abstract/Resumen/Résumé

This essay aims to outline a brief account on the purposes of punishment according to the absolute and relative theories and specially the theory of positive general prevention according to Günther Jakobs. To that end, the Spanish translation of Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (1997) was used as a starting point. with the explanation and criticism of the absolute and relative theories of punishment. Finally, the theory of positive general prevention was emphasized, as postulated by Jakobs, concluding on how it differs from other theoretical postulates.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Punishment theory, Positive general prevention, Criminal functionalism, Günther jakobs

1. INTRODUÇÃO

A pena é um dos elementos definidores do Direito Penal[1], marcando a atuação estatal em relação àqueles fatos entendidos como mais reprováveis socialmente e em relação aos quais corresponde a aplicação de sanção.

Conforme Heleno Fragoso:

> "O sistema punitivo do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social. A conduta delituosa é a mais grave forma de transgressão das normas. A incriminação de certos comportamentos destina-se a proteger determinados bens e interesses, considerados de grande valor para a vida social. Pretende-se, através da incriminação, da imposição da sanção e de sua efetiva execução evitar que esses comportamentos se realizem. O sistema punitivo do Estado destina-se, portanto, à defesa social na forma em que essa defesa é entendida pelos que tem o poder de fazer as leis. Esse sistema opera através da mais grave sanção jurídica, que é a pena". (FRAGOSO, 1991, p. 275)

A justificativa da pena reside em sua necessidade. Uma sociedade que renunciasse ao poder punitivo renunciaria à sua própria existência (MIR PUIG, 2006, p. 80). A pena é um meio imprescindível para a manutenção de uma comunidade social humana, uma vez que o regime de paz jurídica em que se funda o Estado pressupõe a submissão à norma a fim de que o interesse alheio não seja ameaçado ou ferido. Sem a pressão mediadora do Estado e a força que apoia a ordem de Direito, seria a luta de todos contra todos, e a organização social findaria por desagregar-se na extrema desordem. Para isso, determinados valores são destacados pelo Estado e a eles é conferida a proteção do Direito, atribuindo-lhe o caráter de bens jurídicos.

Em relação a alguns desses bens, de natureza individual ou coletiva, mas julgados essenciais à estabilidade da convivência, recorre o Estado a meios mais enérgicos de proteção, tornando-os objeto de normas especiais, de mais rigoroso imperativo, e reforça o vigor do preceito nelas contido pela severa sanção com que ameaça seu possível transgressor. Essa sanção é a pena, complemento necessário da norma para assegurar-lhe toda a sua força coativa (BRUNO, 1978, pp. 27-28).

Assim, é possível afirmar que se o Estado renunciasse à pena, obrigando o prejudicado e a comunidade a aceitar as condutas criminosas passivamente, dar-se-ia

1 Ainda que não seja o objetivo deste trabalho adentrar na discussão acerca da terminologia a ser utilizada para este campo do saber jurídico,a nomenclatura "Direito Penal" já explicita seu ponto nevrálgico – a utilização do poder punitivo estatal e a consequente cominação de pena. Cumpre ressaltar ainda não ser objetivo do presente trabalho a abordagem de sanções não correspondentes a penas, como as medidas de segurança e aquelas do escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente.

inevitavelmente um retorno à pena privada e à autodefesa, próprios de etapas históricas já superadas (GOMES & MOLINA, 2010, p. 459).

Uma definição simples para pena seria a retribuição ao injusto. A pena é o máximo exercício do *jus puniendi* estatal, sendo a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime, tratando-se de sanção característica do Direito Penal (distinguindo-se assim das demais sanções jurídicas que se dedicam, em regra, à reposição do *status quo ante* através da reparação ou da restituição) (FRAGOSO, 1991, p. 279).

Portanto, a discussão sobre a pena trata, em última análise, de uma discussão da função do próprio Direito Penal, tão central é o papel da pena para defini-lo. Pode-se afirmar, inclusive, que a função do Direito Penal depende da função que é atribuída à pena como meios mais característicos de sua intervenção (MIR PUIG, 2006, p. 97). Nas palavras de Aníbal Bruno, "o que o legislador julgue dever ser a pena, os seus fundamentos e objetivos irá determinar a linha inteira de orientação do sistema penal" (BRUNO, 1978, p. 35).

A discussão sobre os fins da pena, bem como a construção teórica em torno desta, nasce com o próprio Direito Penal e vem sido discutido desde então pela filosofia (seja a geral, seja a filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pelo Direito. A importância desta discussão reside no fato de que, à sombra do problema da finalidade das penas, a discussão tem por fundo a teoria penal e, com particular incidência, as questões cruciais da legitimação, fundamentação e função da intervenção penal estatal (DIAS, 2007, p. 44). O questionamento sobre as funções da pena é, portanto, o paradigma do Direito Penal.

As respostas dadas ao longo de muitos séculos ao problema dos fins da pena, seja pelo Direito Penal, pela Filosofia ou pela teoria do Estado, desembocam em duas correntes principais: as teorias absolutas, ligadas essencialmente às teorias retributivas ou expiatórias; e as teorias relativas, divididas entre as doutrinas de prevenção geral e prevenção especial. Por fim, há as teorias da unificação ou combinação, em que há uma junção entre retribuição e prevenção.

Dentre as diversas construções teóricas a respeito da função da pena, entre as teorias absolutas e relativas, o presente trabalho tem por objetivo a exposição da

contribuição de Gunther Jakobs[2], no que diz respeito ao desenvolvimento de uma teoria da prevenção geral positiva.

A fim de pavimentar o raciocínio e para contextualizar as construções teóricas que levaram à prevenção geral positiva, faz-se necessário um breve discorrer sobre as teorias da pena a partir de seu aspecto absoluto até alcançar as relativas e, dentro das últimas, a prevenção geral positiva.

2. TEORIAS DA PENA

A discussão sobre os fins da pena acompanha a própria construção do Direito Penal e pode ser definida em duas correntes: a retribuição e a prevenção.

A pena pode ser considerada como uma justa compensação pelo mal causado por um delito, sendo, portanto, uma retribuição às ações já praticadas. A partir deste ponto de vista, a pena não necessitaria de efeitos secundários e, com isso, de uma significação ou orientação ao futuro. Devido aos defensores desta concepção afirmarem que a pena deva ser imposta unicamente em consideração ao delito concreto e tão só no interesse da justiça, sem atender a nenhuma outra finalidade específica, é que se fala em teoria absoluta ou teoria da justiça.

Nas teorias absolutas, o crime não é um pressuposto, mas a própria razão de ser da punição. Impõe-se a aplicação de pena porque o crime foi praticado. A ideia de qualquer fim, prevenção geral ou especial é acessória (BRUNO, 1978, p. 35)

Por outro lado, também é possível atribuir à pena significado de antecipação, na esperança de que sua imposição prevenirá o cometimento de delitos similares no futuro. Seguindo essa linha, encontram-se as teorias relativas ou utilitárias, enquanto instrumentalizam a pena para fins não relacionados com o delito efetivamente cometido, em um propósito de proteção (AMBOS, 2006, p. 28).

Há, ainda, uma terceira corrente, a das teorias da unificação ou combinação. Tais teorias visam conjugar as duas posições, vendo na pena retribuição, mas fazendo concorrer com essa exigência, na sua fundamentação, a do interesse da segurança social. A ideia do justo e a ideia do útil juntam-se no mesmo plano para a justificação da medida punitiva

2 O presente trabalho utiliza como referencial teórico a obra *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* em sua segunda edição, de 1991, a partir da tradução espanhola abaixo referenciada.

(BRUNO, 1978, p. 35). Pretendem, ainda, evitar as desvantagens das teorias da prevenção especial e da prevenção geral mediante um modelo unificado (AMBOS, 2006, p. 29).[3]

2.1. TEORIAS ABSOLUTAS (TEORIAS DA RETRIBUIÇÃO[4])

A concepção mais tradicional da pena é aquela retributiva, qual seja, a função da pena é a retribuição jurídica ao mal cometido. Esta remete-se às primeiras concepções de Direito Penal, sendo a essência da lei de talião – que trata em sua essência da retribuição do mal com outro mal.

É interessante notar que a lei de talião representa uma limitação, ainda que primária, ao poder punitivo estatal – o "olho por olho, dente por dente" limita a punição à medida do bem atingido pela conduta delituosa (JAKOBS, 1997, p. 21). Assim, a retribuição estatal não poderá ir além do dano causado pela conduta, devendo guardar proporcionalidade a esta.

As teorias absolutas partem de uma exigência de justiça e encaminham-se para a realização da retribuição justa do mal injusto praticada pelo agente da conduta delituosa. Se algum fim prático pode ser com isso alcançado, trata-se de consideração secundária, que não deve de modo algum sobrepor-se e nem sequer equiparar-se àquele fim essencial da justiça (BRUNO, 1978, p. 33).

Na modernidade, a ideia de retribuição foi retomada por Kant, que descreve, em resumo, a função da pena é a realização da justiça. Kant parte da necessidade "absoluta" da pena, que derivaria de um imperativo categórico, de um mandamento de justiça que não admite exceções. A pena é um fim em si mesma e a justiça da pena concreta só poderia ser alcançada pela aplicação rigorosa da lei de talião, única capaz de determinar a qualidade e a quantidade das medidas (GOMES & MOLINA, 2010, p. 465).

Já para Hegel, o conceito de Direito fundamenta a pena; o sistema de referência dá as condições de existência da sociedade. A violação do direito seria sua negação,

3 O Código Penal brasileiro, como pode ser observado da redação de seu artigo 59 - "Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime" (grifos não existentes no original) – orientou-se pela teoria mista ou unificadora, vez que reconhece as funções de reprovação – referenciando-se, então, às teorias absolutas – e de prevenção – o que retoma, por sua vez, as teorias retributivas.

4 Há, ainda, dentre as teorias absolutas da pena, a teoria expiatória, surgida a partir de um contexto cristão de expiação moral por meio da pena, que não será abordado por não pertencer ao escopo deste trabalho. A expiação está vinculada a um processo anímico e moral inerente ao culpado, que lhe permite reconciliar consigo mesmo, recuperar sua liberdade moral, mas a pena não se presta à correção moral do condenado (GOMES & MOLINA, 2010, p. 462)

havendo a necessidade da reparação do sistema jurídico, uma vez negado, o que seria feito através da pena.

> "Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito. (…) No entanto, a violação, na medida em que atinge a vontade que existe em si (e tanto, por conseguinte, a do criminoso como a da vítima), não tem uma existência positiva nesta vontade em si como tal nem nos resultados dela. Para si, esta vontade em si existente (o direito, a lei em si) antes é o que não existe exteriormente, o que, portanto, não pode ser violado. Do mesmo modo, a violação é, para a vontade particular da vítima e dos outros, algo de negativo. A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito". (HEGEL, 1997, p. 87)

Conforme sintetizado por Jakobs, Hegel interpreta o fato punível como "algo negativo", no sentido da violação do Direito ser sua negação. Essa violação demanda uma pretensão de validade, mas a pena vai atender a esta pretensão, sendo, portanto, a "violação da violação" e portanto o "restabelecimento do Direito" (JAKOBS, 1997, p. 23).

Visualiza-se, portanto, a aplicação do método dialético hegeliano: a vontade geral (ordem jurídica) é a tese, a negação desta pelo delito é a antítese, e a "negação da negação" é a síntese, que terá lugar através da punição do delito. Nesta concepção, a pena é concebida somente como reação (negação da negação), que visa o passado (o delito e o restabelecimento da ordem jurídica), e não como instrumento de fins utilitários posteriores (MIR PUIG, 2006, p. 78).

Ainda, sobre a finalidade da pena, Hegel afirma que:

> "Na moderna ciência positiva do direito, a teoria da pena é uma das matérias que mais infeliz sorte tiveram, pois para ela não é suficiente o intelecto, uma vez que se trata da própria essência do conceito. Se o crime e a sua supressão, na medida em que esta é considerada do ponto de vista penal, apenas forem tidos como nocivos, poderá julgar-se irrazoável que se promova um mal só porque um mal já existe (Klein, Tratado de direito penal, § 9Q). Este aspecto superficial da malignidade é, por hipótese, atribuído ao crime nas diferentes teorias da pena que se fundamentam na preservação, na intimidação, na ameaça, na correção, consideradas como primordiais; o que disso deverá resultar é definido, de um modo também superficial, como um bem. Ora, não se trata deste mal nem deste bem; o que está em questão é o que é justo e o que é injusto. Naqueles pontos de vista superficiais oblitera-se a consideração objetiva da justiça, que é o que permite apreender o princípio e a substância do crime. Procura-se então o essencial no ponto de vista da moralidade subjetiva, no aspecto subjetivo do crime, acrescentando-lhe as mais vulgares observações psicológicas sobre a força e as excitações dos motivos sensíveis, opostos à razão, sobre os efeitos da coação psicológica na representação (como se a liberdade não obrigasse a reduzir tal representação a algo contingente). As diversas considerações referentes à pena como fenómeno, à influência que exerce sobre a consciência

> particular e aos efeitos que tem na representação (intimidação, correção, etc.) ocupam o lugar próprio, até mesmo o primeiro lugar desde que se trate da modalidade da pena, mas têm de supor resolvida a questão de saber se a pena é justa em si e para si. Nesta discussão apenas se trata do seguinte: o crime, considerado não como produção de um mal mas como violação de um direito tem de suprimir-se, e, então, qual é a existência que contém o crime e tem de suprimir-se? Esta existência é que é o verdadeiro mal que importa afastar e nela reside o ponto essencial. Enquanto os conceitos não forem conhecidos claramente, a confusão tem de reinar na noção de pena. A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito". (HEGEL, 1997, p. 88-89)

Para Hegel, a pena não se trata da inflição de um mal arbitrário, ou mesmo de uma questão moral entre a realização do bem e o combate do mal, mas sim da aplicação da justiça. E é esse o plano no qual se localiza a pena: o da efetivação da justiça.

Por fim, Hegel afirma que "um código penal pertence essencialmente ao seu tempo e ao correspondente estado da sociedade civil" (Ibid., p. 196). Pode-se extrair desse excerto, então, que a pena é absoluta como conceito, mas sua configuração concreta é relativa ao respectivo estado da sociedade (JAKOBS, 1997, p. 23).

Conforme Jakobs, a crítica às teorias absolutas é que estas são irrealizáveis, seja pelo fato de uma pena preventiva, limitada por uma pena adequada à culpabilidade, só permaneceria sendo preventivamente idônea se prevenção e culpabilidade tivessem pesos distintos, sob pena de fazer desaparecer a prevenção; por outro lado, já não pode ser dito que a gravidade da pena possa ser determinado sem considerar a concreta experiência valorativa social e qualquer nova orientação conduz a valorações que não possuem espaço legítimo na punição estatal. Por fim, torna-se impossível comprovar e controlar a determinação da pena (JAKOBS, 1997, p. 24).

De acordo com o autor:

> "Diante de tal situação, surge a questão sobre a insistência obstinada, como princípio norteador da medida, em um conceito de culpabilidade formado supostamente sem atenção aos fins. Trata-se de um problema de legitimação (assim como em Kant o conceito de crime esconde um problema de legitimação do Direito – o que é legitimamente definido como delito? - e em Hegel no conceito de Direito – qual Direito positivo satisfaz o conceito?). Se houvesse uma pena correspondente a uma culpabilidade determinada sem consideração aos seus fins, se exigiria a legitimação da pena em um duplo sentido. Por um lado, na melhor das hipóteses a penalização pode ser inútil do ponto de vista preventivo, mas não de um modo injusto, se antes de toda a prevenção incorreu-se na pena adequada à culpabilidade. Por outro lado, uma prevenção à qual o princípio da culpabilidade tenha privado de seus casos extremos não precisa ser legitimada como uma prevenção potencialmente extrema, mas apenas como uma

> prevenção moderada; assim, a limitação através da culpa permite que a legitimação seja salva pelo conceito inequivocamente preventivo ou torne uma limitação aberta da prevenção supérflua através da primazia de outros fins (a prevenção do crime não é o fim mais elevado)"(JAKOBS, 1997, p. 25)[5].

2.2. TEORIAS RELATIVAS (TEORIAS DA PREVENÇÃO)

Em contraste com as teorias absolutas, que visam fatos já ocorridos, as teorias da prevenção conferem à pena a missão de prevenir delitos, efetuando, portanto, a proteção de determinados interesses sociais. Conforme a síntese de Mir Puig, "enquanto a retribuição contempla o passado, a prevenção contempla o futuro" (MIR PUIG, 2006, p. 81).

O denominador comum das doutrinas da prevenção geral é a concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a atuar psiquicamente sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal imposta pela lei da realidade de sua aplicação e da efetividade da sua execução (DIAS, 2007, p. 51).

As teorias da prevenção se dividem entre prevenção geral – destinada à coletividade – e a prevenção especial – destinada ao indivíduo.

2.2.1. A Teoria da Prevenção Geral Negativa

A prevenção geral negativa parte da ideia de que a função da pena é a de intimidar os potenciais autores, fazendo com que desistam da infração à norma.

A formulação moderna desta teoria deve-se a Feuerbach, que sustentava que a missão do Estado consiste em impedir a violação do Direito, mas tal não pode ser alcançado com o poder físico estatal: para antecipar-se à infringência do Direito, o Estado tem de se valer de instrumentos coativos de natureza "psicológica" (GOMES & MOLINA, 2010, p. 472).

5 Tradução livre de: Dada esta situación, surge la pergunta de por qué ay que insistir tozudamente, como principio rector de la medida, em un concepto de culpabilidad formado supuestamente sin atención a los fines. Se trata de un problema de legitimación (al igual que em Kant el concepto de delito se oculta un problema de legitimación del Derecho – qué se define como delito legítimamente? , em Hegel el concepto de Derecho – qué Derecho positivo satisface el concepto? -) Si hubiese una pena correspondiente a una culpabilidad determinada sin consideración a fines, se exigiría la legitimación de la pena em un doble sentido. Por una parte, a lo sumo se puede castigar inútilmente desde el punto de vista preventivo, pero no de modo em sí injusto, si ya antes de toda prevenciónen sí se ha incurrido em una pena, precisamente la pena adecuada a la culpabilidad. Por otra parte, una prevención a la que a través del principio de culpabilidade se le ha privado de sus casos extremos tampoco tiene que legitimarse como una prevención potencialmente extrema, sino sólo como una prevención moderada; así pues, la limitación por medio de la culpabilidad o bien permite ahorrar la legitimación para el concepto inequivocamente preventivo o bien hace superflua una abierta limitación de la prevención mediante la primacia de otros fines (la profilaxis del delito no es el fin más alto)

Para Feuerbach, portanto, a pena tem a finalidade de ameaça dirigida aos cidadãos pela lei para evitar que delinquam, ou seja, opera como "coação psicológica" no momento abstrato da incriminação legal. A execução da pena só tem sentido, nesta construção, para confirmar a seriedade da ameaça estatal (MIR PUIG, 2006, p. 82).

A principal crítica de Jakobs à prevenção geral negativa (JAKOBS, 1997, p. 28) é a de que esta parte de uma premissa equivocada, pois dimensiona um mal à vantagem potencial que o delinquente teria ao cometer o delito, mas não mensura o dano que o fato delituoso produz à ordem social. A função da imposição de uma pena é fazer com que a prática da conduta delituosa deixe de ser atrativa, mas a pena é independente do dano social que o fato delituoso produz. A aplicação do modelo proposto por Feuerbach fracassa na desproporção entre o dano social e o quantum de pena – considerando que a intensidade da pena é medida pelo ganho pessoal, o dano social não é mensurado. Assim, a sociedade como um todo, que deve ser protegida da infração da norma, foge à mensuração. Assim, a proporcionalidade da pena ao benefício obtido pela conduta – e não pelo dano social – gera óbvias distorções sistêmicas[6].

Nem todo indivíduo será intimidado pela perspectiva de cumprir uma pena. Em relação a alguns delitos[7], a atividade criminosa é de tal maneira lucrativa que a pena é um mero inconveniente a ser experimentado ante as perspectivas da exploração dos frutos da atividade criminosa. Assim, e pelo fato de que a intimidação individualizada implicaria em pena indeterminada, a prevenção geral negativa não pode servir de justificativa, por si só, à aplicação de pena.

2.2.2. Teoria da prevenção especial

Para a teoria da prevenção especial, o fundamento legitimador da pena reside em evitar futuros delitos. Diferentemente do que ocorre com a teoria da prevenção geral, busca atuar sobre quem já delinquiu, não sobre a comunidade abstrata. Trata-se, portanto, de evitar que quem já infringiu a lei penal volte a fazê-lo no futuro, de forma que o cumprimento e a execução da pena voltam-se para esse fim (GOMES & MOLINA, 2010, pp. 480-481).

6 Jakobs ressalva que haverá situações específicas na qual a imposição da pena terá o propósito de intimidação, mas esta é a situação excepcional – e não a regra do ordenamento jurídico.

7 Basta imaginar crimes do colarinho branco, ou realizados por organizações criminosas de alto grau de sofisticação.

Esta teoria aspira obter um efeito preventivo por meio da influência exercida sobre o delinquente em três estágios distintos: por meio da pena, deve-se proteger a comunidade do delinquente; dissuadi-lo de cometer novos delitos; e, durante a execução da pena, ressocializá-lo em termos tais que permita evitar sua reincidência (AMBOS, 2006, p. 30).

Para Jakobs, há críticas de duas naturezas a serem feitas a essa teoria: primeiramente, a prevenção especial somente sucederia caso acompanhada de efeitos secundários de natureza preventiva geral, uma vez que esta prevenção se limita ao elemento singular. Ainda, nem sempre a prevenção especial será eficiente, pois não é possível evitar o cometimento de novos delitos por todos os indivíduos (JAKOBS, 1997, pp. 30-31).

Outra relevante crítica, desta vez por Heleno Fragoso, aponta sobre os problemas da utilização da prevenção especial como fundamentadora da pena:

> "A prevenção especial não pode, por si só, constituir fundamento para a pena. Há delinquentes que não necessitam de ressocialização e em relação aos quais é possível fazer um seguro prognóstico de não-reincidência. A prevenção especial não permite estabelecer a pena a ser aplicada e conduz à ideia de pena indeterminada, a ser aplicada como uma espécie de tratamento, que deve cessar com a cura do enfermo. A experiência com a pena indeterminada é negativa. Por outro lado, parece ilusório pretender alcançar a recuperação social do delinquente através de penas privativas da liberdade". (FRAGOSO, 1991, p 276)

Portanto, ainda que a ressocialização seja um efeito desejado quando da aplicação da pena, não se presta como sua justificativa.

3. A TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA

Ainda no campo das teorias de prevenção geral da pena, entende-se que esta prevenção não deve ser buscada somente por seu aspecto negativo (ou seja, a inibição da tendência de delinquir), mas também pela afirmação positiva do Direito Penal, na forma de afirmação das convicções jurídicas fundamentais, da consciência social da norma, ou de uma atitude de respeito pelo Direito. Enquanto a prevenção intimidatória pode ser designada "prevenção geral negativa", como visto acima, o aspecto de afirmação do Direito Penal se denomina "prevenção geral positiva" e também "estabilizadora" e "integradora" (MIR PUIG, 2006, p. 82).

Armin Kaufmann atribui três funções à prevenção geral positiva, como via de contribuição para organização da vida social: em primeiro lugar, uma função informativa

do que é proibido e do que deve ser feito; em segundo lugar, a missão de fortalecer e manter a confiança na capacidade do sistema jurídico de permanecer e se impor; finalmente, a tarefa de criar e fortalecer na maioria dos cidadãos uma atitude de respeito pelo Direito - e não uma atitude moral (In: ibid., 2006, p. 82).

Jakobs, ao iniciar a construção de seu conceito de prevenção geral positiva, afirma que as relações sociais são pautadas pela previsibilidade, conforme modelos previamente estabelecidos de conduta. Ou, posto de outra forma, as relações sociais somente podem ocorrer se há certa previsibilidade na reação das outras pessoas – de que essas não terão comportamentos imprevisíveis.[8] A mera existência de contato social já pressupõe a obediência dos modelos sociais pré-determinados, estando todos nós, portanto, submetidos às expectativas sociais, vez que certa previsibilidade nas relações humanas é esperada. A esse conjunto de expectativas sociais denomina-se normas.

Espera-se que todos os membros da sociedade cumpram as normas, vez que seu estabelecimento tem por objetivo possibilitar a vida em sociedade. Ocorre que, evidentemente, tais expectativas acabam vez ou outra frustradas. As expectativas sociais são as normas e quem as frustra, portanto, está infringindo a norma.

Porém, qual a consequência ao descumprimento da expectativa social, uma vez que tal fato não ensejará consequência natural (física)? A violação de uma lei natural proporciona uma demonstração mais clara e evidente entre causa e consequência: a tentativa de desobediência à lei da gravidade, por exemplo, possui resultado imediato. A lei da ação e reação é um postulado da física newtoniana, porém, não é replicável à realidade da norma social. Uma vez que as próprias expectativas sociais correspondem a convenções, a consequência de seu descumprimento também deverá ser convencionada.

Nem toda violação às expectativas sociais terá consequências jurídicas – algumas destas operam em âmbito individual, não constituindo, portanto, assuntos públicos e não representando motivo para reações estatais. Entretanto, para algumas situações haverá interesse pela tutela estatal, nem que seja para evitar a desproporção da justiça pelas próprias mãos. A decepção, o conflito e a exigência de uma reação à infração da norma não podem ser sempre interpretadas como uma vivência individual, havendo interesse da

8 Uma situação prática ilustrativa da necessidade da previsibilidade social a fim de garantir o estabelecimento das relações sociais é o trânsito. É esperado que todos sigam as mesmas regras e somente é possível haver fluxo caso os automóveis sigam as direções pré-determinadas, obedeçam as convenções de parada, conversão e preferência. No caso de cada indivíduo agir no trânsito como melhor lhe aprouver, abandonando o convencionado, o trânsito se torna uma atividade insegura e inviável.

coletividade pela sua solução, a fim de que haja a preservação de toda a ordem social estabelecida.

A infração da norma penal não representa um conflito penalmente relevante pelas suas consequências externas, já que o Direito Penal não pode saná-las. A pena não determina uma reparação do dano, tampouco há a exigência de dano para que haja pena (e, em muitos casos, há violação da norma sem que haja um dano exterior, como nos crimes formais ou na tentativa e atos preparatórios). A um autor que age de determinado modo e que conhece ou ao menos pode conhecer os elementos de seu comportamento, exige-se que este comportamento esteja em conformidade normativa. A contradição à norma mediante uma conduta é a infração da norma. Uma infração normativa é, portanto, uma desautorização da norma, que dará lugar a um conflito social.

Dessa maneira também se destaca a compreensão a pena como reação ao conflito: a pena – bem como a infração da norma – não deve ser considerada somente como um evento do mundo exterior, mas também que o comportamento do infrator não é determinante – o determinante segue sendo a norma. A pena será, portanto, a resposta à infração da norma, executada à custa de seu infrator (JAKOBS, 1997, p. 13).

Assim, conforme Jakobs:

> "Considerando a pena (como consequência à infração da norma) na esfera do significado, e não na esfera das consequências externas da conduta, não se pode considerar como finalidade da pena evitar lesões aos bens jurídicos. Sua finalidade é reafirmar a vigência da norma, devendo ser equiparados, para esse fim, vigência e reconhecimento. O reconhecimento também pode ter lugar na consciência de que a norma é infringida, a expectativa (também a do autor futuro) visa confirmar como motivo do conflito a infração da norma pelo autor e não a confiança da vítima na norma. Assim, a pena possibilita que a norma continue a ser um modelo de orientação idôneo. Resumindo: a finalidade da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para as relações sociais. O conteúdo da pena é uma resposta, que ocorre às custas do infrator, frente ao questionamento da norma"[9]. (JAKOBS, p. 13-14)

9 Tradução livre de: "Correlativamente, a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena em la esfera del significado, y no em la de las consecuencias externas de la conduta, no puede considerarse mision de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia e reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar em la consciência de la norma es infringida, la expectativa (también la del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infración de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima em la norma. En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientacíon idóneo. Resumiendo: misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contatos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma"

Por fim, a reação ante a infração da norma por meio da pena não possui lugar por si mesma. A pena deve proteger as condições da interação social e tem, portanto, uma função preventiva. Tal proteção tem lugar na reafirmação da confiança da norma. A pena pode impressionar de tal modo que indivíduos temam violar a norma no futuro, mas este seria um efeito secundário desejado e não sua função primária.

A pena, para Jakobs, visa proteger as condições da interação social e, portanto, possui uma função preventiva (JAKOBS, 1997, p. 18). Esta proteção tem lugar na confiança da norma, servindo a pena para exercitar tal confiança. Ainda, a pena traz consequências graves ao descumprimento da norma, de forma que a coletividade não entenda sua violação como alternativa viável. Trata-se, portanto, da prevenção geral mediante o exercício do reconhecimento da norma, ou a prevenção geral positiva. O efeito inibitório ocorre, portanto, pelo reconhecimento de que a norma deve ser cumprida e haverá consequências ao descumprimento – e, ainda que haja medo da consequência legal a ser imposta, esta não é a função da pena.

A prevenção geral positiva, como postulada por Jakobs, é uma retomada do raciocínio hegeliano no qual a pena é a reafirmação do Direito através da "negação da negação" da ordem jurídica representada pelo ato delituoso. Entretanto, aqui, a reafirmação do Direito muda de perspectiva analítica: se para Hegel a reafirmação do Direito por meio da pena se vinculava ao delito concretamente ocorrido, estando vinculada à ideia de justiça para aquela situação concreta, para Jakobs esta é uma proposição abstrata dirigida a todos os indivíduos daquela comunidade visando a prevenção dos delitos ao afirmar, em linhas gerais, que a norma existe e deve ser cumprida, pois, em caso contrário, haverá a cominação de uma pena. Trata-se do fortalecimento da atitude de respeito ante ao Direito e à ordem social.

A pena é a retribuição do injusto, mas seria uma definição reducionista a de que a pena seria ocasionar um mal devido a um mal anteriormente cometido. Ainda que, para Jakobs, o injusto seja um mal, bem como também o é o dever de arcar com suas consequências, "querer um mal porque ocorreu um outro mal" seria um absurdo. Para o autor, a pena deve ser definida positivamente: "é uma mostra da vigência da norma à custa de um responsável. Daí surge um mal, mas a pena não cumpre seu propósito [com a

efetivação do mal], mas somente com a estabilização da norma lesada”[10] (JAKOBS, 1997, p. 9).

4. CONCLUSÃO

A pena é uma realidade que não pode ser dissociada da própria viabilidade da convivência social – afinal, o descumprimento da norma, quanto mais quando relacionada aos bens jurídicos mais sensíveis, não pode restar impune. Trata-se do máximo exercício do *jus puniendi* e instrumento necessário para a pacificação social.

Uma vez que, em última análise, a discussão sobre a pena trate também de uma discussão da função do Direito Penal, esta se estende pelo tempo, com a elaboração de diversas teorias a fim de fundamentar este fenômeno.

Dentre as teorias da pena, encontram-se as absolutas e as relativas. As primeiras, também chamadas retributivas, visam dar uma resposta aos fatos delituosos pretéritos, à violação da norma já ocorrida, enquanto as segundas visam evitar a ocorrência de fatos delituosos futuros.

Acompanhando a evolução jurídica e as várias proposições possíveis, tem-se a proposição da teoria da prevenção geral positiva por Gunther Jakobs. O referido doutrinador, através da análise e da crítica das várias proposições teóricas que o precederam, elabora uma teoria ressaltando o papel da pena como afirmação do próprio Direito Penal – se esta é aplicada, é porque a tutela pretendida pelo Direito Penal se mostra eficiente. Em um nível simbólico, a pena serve como afirmação de que a norma existe e deve ser respeitada, caso contrário haverá consequências, mantendo assim, portanto, a pacificação social.

Evidentemente, as teorias da pena não são excludentes entre si. Um fenômeno social tão complexo como a pena não comporta uma única fundamentação. A postulação de uma nova teoria da pena não tem o condão de invalidar as antigas proposições historicamente consolidadas, mas de acrescentar ao raciocínio jurídico e filosófico maiores elementos para a compreensão deste fenômeno.

Gunther Jakobs, ao apresentar sua teoria da prevenção geral positiva, contribui para acrescentar elementos acerca da compreensão do fenômeno da pena. Ao falar em

10 Tradução livre do trecho “La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no hay cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada”.

estabilização da norma lesada através da pena, há a proposição abstrata dirigida a toda a comunidade acerca da validade da norma, reforçando-a, dando consequência, ainda que no plano abstrato, para seu descumprimento. A pena vai para além de sua aplicação concreta (afinal, um mal não é capaz de justificar outro mal): é uma afirmação das normas da sociedade, bem como de sua observância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. **Direito Penal: fins da pena,concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos.** Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em fevereiro de 2019.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo 3º: Pena e Medida de Segurança.** 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal – Parte Geral. Tomo I: Questões Fundamentais à Doutrina Geral do Crime.** 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A Nova Parte Geral.** 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GOMES, Luís Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal: Parte Geral.** 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HEGEL, Georg W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Edutora Martins Fontes, 1997.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoria de la imputación.** Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª Edição. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas S.A., 1997

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General.** 8ª Edição. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006