

NOTAS SOBRE A TEORIA DA PENA NA VISÃO DE CLAUS ROXIN

A pena é um conceito do Direito Penal intimamente ligada ao desenvolvimento do Estado. Sua utilização é necessária para a manutenção de harmonia da sociedade. Várias teorias sobre a pena foram desenvolvidas ao longo da história e da evolução do Direito Penal. Na atualidade, vários penalistas participam da reflexão sobre os aspectos das teorias retributivas, preventivas e ecléticas, e suas respectivas consequências em relação à legitimação e aos limites do poder punitivo estatal.

As teorias tradicionais sempre procuraram respostas científicas e racionais para tratar de temas como os limites previstos nos direitos humanos, mas, na atualidade, o que existe é o contrário: o abuso excessivo de castigo imposto pelo poder punitivo estatal.

Claus Roxin critica e aponta problemas referentes às teorias tradicionais, apresentando uma teoria solucionadora para os fundamentos da pena no Direito Penal da atualidade

A teoria unificadora dialética sustenta a negação da ideia de retribuição como finalidade da pena e sustenta que o princípio da culpabilidade exerce apenas o papel de limite, e não mais de fundamento da pena.

1 Histórico da pena

Desde a Antiguidade, o homem primitivo preocupou-se com a proteção de sua comunidade frente aos perigos que esta poderia sofrer¹.

A vingança de sangue era desvinculada de um poder central e também não havia nenhum controle externo sobre ela: tratava-se de ocorrência infundável e que acabava muitas vezes em ataques a inocentes, ocasionando injustiças^{2 3}. A transferência da vingança do

¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2008. p. 10.

² “O homem primitivo encontrava-se muito ligado à sua comunidade, pois fora dela sentia-se desprotegido, à mercê dos perigos imaginários. Essa ligação refletia-se na organização jurídica primitiva, baseada no chamado *vínculo de sangue*, representado pela recíproca tutela daqueles que possuíam descendência comum. Dele originava-se a chamada *vingança de sangue*, definida por Erich Fromm como ‘um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto.’” [MARQUES, 2008, pp. 9-10]

³ “O sentimento de vingança, como manifestação totêmica, ou decorrente dos tabus, foi sem dúvida a primeira expressão da fase mais remota de reação punitiva entre os povos primitivos. A violação aos princípios

particular para o poder central ocorreu na sociedade e passou a ser incluída nos sistemas punitivos⁴.

Apesar de haver outras formas de controle social, a utilização das penas pelo Estado fundamenta-se no princípio de facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade.

René Girard alerta sobre o aspecto negativo do sentimento de vingança, que possui a característica de ser um sentimento infinito e perigoso para a própria sociedade. “A vingança constitui, portanto, um processo infinito, interminável. Quando a violência surge em um ponto qualquer da comunidade, tende a se alastrar e a ganhar a totalidade do corpo social, ameaçando desencadear uma verdadeira reação em cadeia, com consequências rapidamente fatais em uma sociedade de dimensões reduzidas. A multiplicação das represálias coloca em jogo a própria existência da sociedade. Por este motivo, onde quer que se encontre, a vingança é estritamente proibida”⁵.

O penalista espanhol Muñoz Conde sustenta que, sem a pena, não seria possível a convivência na sociedade atual⁶.

2 Teorias da pena

2.1 Teoria retributiva

A característica essencial da teoria retributiva é que ela encontra na pena um mal, um castigo que deve ser imposto àquele que cometeu o delito. Esta teoria enxerga a imposição do

inexplicáveis dos totens e tabus conduzia o homem primitivo ao sentimento de aversão ao mal provocado pelo autor da violação. Esse sentimento, então, expressava-se por meio da vingança exercida pela própria comunidade, sem qualquer finalidade voltada para a prevenção de novas transgressões. A vingança, consubstanciada na represália, tinha por finalidade a destruição simbólica do crime, como forma de purificar a comunidade contaminada pela transgressão”. [Idem, p. 20]

⁴ Ibidem, p. 12.

⁵ GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Trad. de Martha Conceição Gambini. 3. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008. p. 27.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 129.

castigo não como um instrumento para o alcance de fins futuros, mas por seu valor axiológico de punir pelo passado⁷.

Podemos observar que esta teoria compreende a mais tradicional concepção de pena, desde o ponto de vista religioso. A fundamentação ética da retribuição incondicional se deve a Kant, para quem o homem é um fim em si mesmo e, portanto, não deve jamais ser instrumentalizado em benefício da sociedade. Desta forma, não se poderia fundamentar o castigo do delinquente em razões de utilidade social.

A pena surge, então, como um *imperativo categórico* que se torna uma exigência incondicional da justiça.

Em resumo, a pena, de acordo com a teoria retributiva, significa a execução da função judicial divina.

2.2 Teoria preventiva

A teoria preventiva não procura a retribuição do fato delitivo, mas a prevenção de sua prática. Sendo assim, a pena deixa de ser um fim em si mesmo, porém um meio para fins de alcance de fins futuros.

A teoria preventiva divide-se em preventiva geral e especial. Na preventiva geral objetiva, trata-se da prevenção de delitos em relação à comunidade em geral. Ainda na preventiva geral, existe uma divisão entre preventiva geral negativa e positiva.

A prevenção geral negativa baseia-se na intimidação do indivíduo delinquente, uma ameaça legal que se dá sob forma de coação psicológica. Já a preventiva geral positiva se diferencia pelo seu aspecto menos intimidatório e mais focado em uma função informativa do que é proibido e do que se deve fazer. Sua função é o reforço e a manutenção da confiança na capacidade da ordem jurídica, ou seja, prevê uma atitude de respeito em relação ao Direito⁸. Dessa maneira, a pena passa a assumir uma *função pedagógica* e comunicativa de reafirmação do Direito⁹.

⁷ Idem, p. 131.

⁸ MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 65.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 145.

A prevenção especial, ao contrário da geral, funciona como um instrumento para a prevenção de delitos por parte de uma pessoa específica. Ela parte do pressuposto de que a pena deve ser imposta ao sujeito que já delinuiu, de modo que se possa evitar uma nova infração. A prevenção especial não se dirige, portanto, à generalidade das pessoas, e está muito ligada à ideia de ressocialização do delinquente.

2.3 Teoria mista ou unificadora

As teorias mistas ou unificadoras se apresentaram como críticas às teorias anteriores, ao alegarem que elas seriam por demais formalistas e ineficazes na solução da complexidade dos fenômenos sociais. As teorias unificadoras tentaram diferenciar o fundamento e o fim da pena¹⁰. No entanto, não solucionaram a questão da explicação da função da pena¹¹.

3 A proposta de Claus Roxin: teoria unificadora dialética

¹⁰ Idem, p. 153.

¹¹ Atualmente, as *teorias unificadas* predominam na legislação, na jurisprudência e na literatura penal ocidental. Por exemplo, o CP alemão adota as *teorias unificadas* da pena criminal: o § 46 do *Strafgesetzbuch* define *culpabilidade* como fundamento da pena (retribuição), determinada conforme os *efeitos esperados para a vida futura do autor* na comunidade (prevenção especial); o § 47 menciona o objetivo de *defesa da ordem jurídica* (prevenção geral) – nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão atribui à pena criminal a função *absoluta* de retribuição da culpabilidade, assim como as funções *relativas* de prevenção do crime e de ressocialização do delinquente. No Brasil, o CP consagra as *teorias unificadas* ao determinar a aplicação da pena “*conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*” (art. 59, CP): a *reprovação* exprime a ideia de *retribuição* da culpabilidade; a *prevenção* do crime abrange as modalidades de *prevenção especial* (correção e neutralização do autor) e de *prevenção geral* (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.

Em outra perspectiva, essa tríplice função atribuída à pena criminal correspondia aos três níveis de realização do Direito Penal: a função de prevenção geral negativa corresponde à *cominação* da ameaça penal no tipo legal; a função de retribuição e a função de prevenção geral positiva correspondem à *aplicação* judicial da pena; as funções de prevenção especial positiva e negativa correspondem à *execução* penal.

Crítica jurídica: Os defeitos das *teorias isoladas* não desaparecem nas *teorias unificadas* da pena criminal, com a reunião das funções (a) de *compensar* ou *expiar* a culpabilidade, (b) de *corrigir* e *neutralizar* o criminoso, e (c) de *intimidar* autores potenciais e de *manter/reforçar a confiança* no Direito. Por outro lado, a admissão de diferentes funções da pena criminal, mediante cumulação de teorias contraditórias e reciprocamente excludentes, significa adotar uma *pluralidade* de discursos legitimantes capazes de *racionalizar* qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto.

A crítica pode ser sintetizada em dois argumentos: primeiro, o feixe de funções conflitantes das *teorias unificadas* não permite superar as debilidades específicas de cada função *declarada* da pena criminal – ao contrário, as *teorias unificadas* significam a soma dos defeitos das teorias particulares; segundo, não existe nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções penais fundadas em teorias contraditórias, com finalidades práticas reciprocamente excludentes. [SANTOS, 2012, pp. 429-430]

Para formular e construir a sua teoria da pena, Roxin propõe a seguinte pergunta: “Qual o sentido da pena?”. A ela, o penalista alemão responde de maneira simples: “A questão do sentido da pena surge em todas as épocas e não se trata de um tema teórico, mas de uma realidade prática”.

Com esta última afirmação, Roxin demonstra que a questão da pena e as respostas para seu “sentido” devem ser alicerçadas de acordo com as realidades de hoje e que as teorias apresentadas anteriormente – e citadas nesse trabalho – são respostas do passado, tendo sido alimentadas e reaplicadas sem muita reflexão e fundamentação científica.

A pena é algo de extrema gravidade, pois funciona como instrumento de privação do mais precioso bem do ser humano: a liberdade.

A teoria da retribuição não explica de forma clara e racional quando o Estado deve punir, e muito menos discorre sobre o limite de poder punitivo do Estado.

A teoria unificadora de Roxin pode ser definida – como coloca o penalista alemão – como dialética, pois abarca o caráter antiético de diversos pontos de vista e se orienta para uma reunião, ou uma síntese, desses conceitos. O mais importante para Roxin é que a comunidade seja protegida de agressões do indivíduo, porém que o indivíduo igualmente o seja de uma excessiva pressão por parte da sociedade¹².

Claus Roxin aponta que um dos problemas da retribuição é que ela está baseada no livre-arbítrio, porém este não pode ser cientificamente demonstrado.

Um dos grandes desafios apontados pelo penalista germânico é que a ideia de uma compensação pelo mal causado, adicionando-se a ele um segundo mal (agora direcionado ao infrator), é um gesto vingativo, que somente pode ser fundamentado por um ato de fé. E, como consequência, esse ato “vingativo” seria totalmente irracional.

Na mesma linha de raciocínio, salienta Oswaldo Henrique Duek Marques: “Atualmente, embora os sistemas penais busquem alicerçar-se teoricamente em postulados tidos como racionais e científicos, com limites traçados pelos princípios fundamentais de direitos humanos, constantes em textos constitucionais, do ponto de vista prático arrimam-se em fundamentos míticos de vingança e castigo”¹³.

Em relação à teoria preventiva, Roxin, da mesma maneira, elenca uma série de

¹² ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Lisboa: Editora veja, 1998. p. 45.

¹³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 5.

críticas.

A crítica referente à prevenção especial sustenta que, como na retribuição, não se delimita o poder punitivo do Estado, pois a teoria carrega em si a ideia de todos sermos sujeitos “corrigíveis”. Nesse sentido, a obrigação do Estado de providenciar a correção pode gerar consequências sérias – como, por exemplo, em um regime totalitário, a escolha de inimigos políticos como prioridade da correção.

Outro problema concernente à ideia da prevenção especial é que, nos crimes mais graves – como, por exemplo, os crimes praticados nos campos de concentração nazistas – se perderia a noção de repetição, pois os indivíduos responsáveis por esses crimes, em tese, não seriam mais considerados “perigosos”, porque hoje em dia vivem integrados na sociedade. Portanto, de acordo com a prevenção especial, os assassinos nazistas não necessitariam de “ressocialização”. Então, neste caso, nos perguntamos, e o autor alemão também questiona: “Não haverá punição dos nazistas?”.

Quanto à ressocialização, que propõe a prevenção especial, ela pressupõe um grande problema: como obrigar o delinquente a submeter-se a um tratamento contrário à sua vontade? Em um estado democrático, a ressocialização nunca deve ser obtida contra a vontade do apenado¹⁴.

Encontramos problemas igualmente nos casos da criminalidade econômica e nos crimes graves em que a atuação do delinquente foi consequência de estímulos emocionais – como no caso de crimes passionais, decorrentes de eventos que provavelmente não ocorrerão mais na vida do criminoso. Nesses dois exemplos, a teoria da prevenção especial não encontraria sustentação para a fundamentação da pena.

Na prevenção geral, o problema que encontramos recai sobre o aspecto do efeito intimidatório da pena, que é característica desta teoria. Conforme sustenta Roxin, o cidadão comum pode até se intimidar pela ameaça da pena, mas isso não ocorre com os delinquentes profissionais, que são muitas vezes “não intimidáveis”.

¹⁴ “Mais importante é perguntar: o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Por que não hão de poder viver conforme desejam os que o fazem à margem da sociedade – quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais? Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos dos seus concidadãos causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias? Tais perguntas parecem levemente provocadoras. Mas com elas apenas se prova que a maioria das pessoas considera como algo de evidente do facto de se reprimir violentamente o diferente e o anômalo. Todavia, saber em que medida existe num Estado de Direito competência para tal, eis o verdadeiro problema que a concepção preventivo-especial não pode à partida resolver, porque cai fora do seu campo de visão”. [ROXIN, 1998, p. 22]

A prevenção geral deve ser refutada, pois não se pode concordar que se castigue um indivíduo não em relação a ele próprio, mas em consideração aos outros¹⁵.

Após as várias críticas apresentadas por Roxin às teorias tradicionais, o penalista alemão constrói sua própria teoria da seguinte forma: a fundamentação da pena deve ser observada e aplicada levando-se em conta as três fases da ocorrência da pena: a cominação legal, a aplicação judicial e a sua execução.

No primeiro momento, não pode ser aplicada nem a retribuição nem a prevenção geral ou a especial. Para Roxin, o primeiro momento, que é tarefa do legislador, deve ser apenas a proteção de bens jurídicos dependendo da situação histórica e social dos indivíduos. É importante frisar que o Direito penal é sempre “de natureza subsidiária”, isto é, somente se pode aplicar a pena se os outros mecanismos disponíveis não forem suficientes.

Na fase da aplicação judicial deve ser aplicada a prevenção geral como confirmação da seriedade do ordenamento jurídico, mas, na hora da dosimetria da pena, esta não pode ultrapassar a medida da culpa. Roxin sustenta que a imposição judicial também ajudaria a prevenção especial. A última fase, a da execução da pena, é utilizada para a ressocialização do delinquente como forma de prevenção especial, mas, neste caso, deve-se respeitar a individualidade do apenado em relação à execução da pena. Por exemplo, deve-se refletir se é lícita a imposição de sanções penais a pessoas que não cometeram crimes “graves”.

Roxin não quer dizer que se deva eliminar a fase da execução, mas é imprescindível que haja uma avaliação de cada situação em específico, para que não se imponham restrições tão sérias, como a pena privativa de liberdade.

Frise-se também a lição de Julio Fabbrini Mirabete, que vai de encontro às ideias de Roxin quando analisa a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal: “Desde a origem até hoje, porém, a pena sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso. A

¹⁵ “O próximo argumento contrário assenta no facto de que, em muitos grupos de crimes e de delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena. Pode aceitar-se que o homem médio em situações normais se deixa influenciar pela ameaça da pena, mas tal não sucede em todo o caso com delinquentes profissionais, nem tampouco com delinquentes impulsivos ocasionais. Em crimes contra a vida e a moral, a força intimidatória das cominações penais (incluindo a pena de morte) é particularmente escassa. As cruéis penas corporais e de morte dos séculos passados, como do suplício da roda ou esquartejar e cortar em pedaços membros do corpo, não conseguiram fazer diminuir a criminalidade. Cada crime constitui, alias, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral. Pode-se certamente opor que, segundo a natureza das coisas, somente resultam visíveis os casos em que não se obteve êxito. Todavia, prescindindo de que, pelas causas apontadas, este êxito seja duvidoso em muitos crimes, para além do mais seria de certa forma paradoxal que o direito penal não possuísse significação alguma precisamente para os delinquentes, isto é, os não intimidados – e, porventura, os pura e simplesmente não intimidáveis – e que não devesse prevalecer e legitimar-se face a eles também”. [Idem, p. 24]

retribuição e a prevenção são faces da mesma moeda e, como acentua Everardo da Cunha Luna, ‘a retribuição, sem a prevenção, é vingança; a prevenção, sem retribuição, é desonra’. Enquanto se proclama na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal o princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade, a realidade demonstra que a pena continua a ser necessária, como medida de justiça, reparadora e impostergável, mas ‘as suas finalidades adicionais, tais como prevenir a prática de novos delitos e promover a reinserção social do condenado, não são satisfatoriamente cumpridas’. De qualquer forma, é certo que a individualização, personalização e humanização da pena são garantias criminais repressivas impostas pela ciência e pela técnica, assegurando ao homem delincente o tratamento mais justo possível. São, portanto, princípios fundamentais da pena, assegurados em normas constitucionais e imprescindíveis para que o direito penal alcance os objetivos a que se propõe”.¹⁶

4 Conclusão

Concordamos com as críticas de Claus Roxin às teorias tradicionais da pena. As teorias preventivas e retributivas não resolvem os problemas que surgem na atualidade prática de um Direito Penal moderno e não são adequadas a um Estado Democrático de Direito. Roxin propõe uma teoria na qual aglutinam-se alguns elementos das teorias tradicionais, porém sugere que elas devam ser aplicadas em diferentes momentos da pena.

O penalista alemão se preocupa com os excessos e as injustiças que podem ocorrer por conta do apego, muitas vezes motivado por sentimentos irracionais, como a vingança, em uma teoria totalmente retributiva.

A fundamentação da pena não pode se basear em pensamentos ou sentimentos totalmente irracionais. Na nossa opinião, é até compreensível que a vítima deseje cegamente a vingança, porque ela age de forma irracional com seus ressentimentos, mas, neste momento, a figura do Estado se torna imprescindível para que ocorra a imposição de uma pena elaborada de forma racional e que respeite as bases de um Estado Democrático de Direito.

¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. pp. 231-232 (Volume 1, parte geral, arts. 1 a 120 do CP).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. Trad. Martha Conceição Gambini. 3. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. (Volume 1, parte geral, arts. 1 a 120 do CP)

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Lisboa: Editora Vega, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. Florianópolis: Editora Conceito Editorial, 2012.