

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

**LUCAS SANTANA SILVA**

**PREVENÇÃO GERAL POSITIVA:  
Análise crítica das teorias de Günther Jakobs e Winfried Hassemer**

**Porto Alegre  
2011**

LUCAS SANTANA SILVA

**PREVENÇÃO GERAL POSITIVA:  
Análise crítica das teorias de Günther Jakobs e Winfried Hassemer**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

**Porto Alegre**

**2011**

LUCAS SANTANA

**PREVENÇÃO GERAL POSITIVA:**

**Análise crítica das teorias de Günther Jakobs e Winfried Hassemer**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

---

Primeiro Examinador

---

Segundo Examinador

**Porto Alegre**

**2011**

*Dedico este estudo à minha mãe, um exemplo de força, coragem, dedicação e persistência.*

## AGRADECIMENTOS

Há pessoas importantíssimas que me influenciaram durante o meu período na pós-graduação.

Faz-se mister citá-las.

Gostaria de agradecer imensamente ao professor e amigo Rafael Braude Canterji, por ser uma figura encorajadora no ingresso ao Mestrado e seu eterno apoio.

Agradeço igualmente, destacando os professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Alfredo Cataldo Neto, Aury Celso Lima Lopes Junior, Fábio Roberto D'Avila, Nereu José Giacomolli, Ney Fayet Júnior, Ricardo Timm de Souza e meu orientador Paulo Vinícius Sporleder de Souza. Parabenizo-os pela dedicação, assim como sua excepcionalidade profissional, seu conhecimento e amizade dedicada aos mestrandos.

Faço uma referência especialíssima ao professor Cezar Roberto Bitencourt, que além de seu vasto conhecimento, mostrou-se um grande amigo, além de ter um grande coração. Parabéns e obrigado mestre.

Agradeço com imenso carinho a duas pessoas que foram importantíssimas para que eu pudesse cumprir esse desafio, Juliana Leite Ribeiro do Vale e Cristiano Pretto, dois exemplos como profissionais da advocacia e como seres humanos.

Agradeço a Giana Bitencourt Frizzo e Fábio Martins Pereira, por seu auxílio nas horas mais difíceis, sem o qual não teria alcançado sucesso.

Gostaria de agradecer sobretudo a minha família pelo imenso apoio, força e fé que me depositaram, sem os quais igualmente não teria chegado ao fim dessa empreitada.

Agradeço aos meus amigos pela compreensão, foram muitas ausências nesse período.

Agradeço a ti Fabiane, companheira leal nessa jornada preciosa.

Meus sinceros agradecimentos a todos.

*Castigo como neutralização, como impedimento de novos danos. Castigo como pagamento de um dano ao prejudicado, sob qualquer forma [...]. Castigo como isolamento de uma perturbação do equilíbrio, para impedir o alastramento da perturbação. Castigo como inspiração de temor àqueles que determinam e executam o castigo. Castigo como espécie de compensação pelas vantagens que o criminoso até então desfrutou [...]. Castigo como segregação de um elemento que degenera [...]. Castigo como festa, ou seja, como ultraje e escárnio de um inimigo finalmente vencido. Castigo como criação e memória, seja para aquele que sofre o castigo – a chamada ‘correção’ –, seja para aqueles que o testemunham. Castigo como pagamento de um honorário, exigido pelo poder que protege o malfeitor dos excessos de vingança. Castigo como compromisso com o estado natural da vingança, quando este é ainda mantido e reivindicado como privilégio por linhagens poderosas. Castigo como declaração e ato de guerra contra um inimigo da paz, da ordem, da autoridade, que, sendo perigoso para a comunidade, como violador dos seus pressupostos, como rebelde, traidor e violentador da paz, é combatido com os meios que a guerra fornece.–*

*Friedrich Nietzsche*

## RESUMO

Esta análise é o resultado de um estudo sobre os fundamentos teóricos dos autores Günther Jakobs e Winfried Hassemer, dois penalistas renomados no cenário da doutrina jurídico-penal, que sustentam a prevenção geral positiva como resposta para a teoria da pena. O processo de investigação compreende a esfera dogmática, situando-se na linha de pesquisa em Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. Parte-se do estudo crítico da teoria da pena de Günther Jakobs, e da teoria da pena de Winfried Hassemer, para, após, uma exposição crítica sobre a estrutura comum das teorias e, finalmente, comparar as duas teorias em suas particularidades. A pesquisa possui como fim inferir sobre os aspectos positivos e negativos da prevenção geral positiva para a atual dogmática jurídico-penal, assim como averiguar se estão adequados ou apresentam alguma contribuição para o Direito Penal contemporâneo, uma vez que constitui um dos últimos discursos sobre a busca de uma finalidade da pena.

### **Palavras – chave:**

Direito penal. Teoria da pena. Prevenção geral positiva. Günther Jakobs. Winfried Hassemer.

## **ABSTRACT**

This analysis is the result of a study about the theoretical foundations of the authors Günther Jakobs e Winfried Hassemer, two renowned criminalists in the stage of the criminal Law doctrine that hold the positive general prevention theory as theory of punishment. The investigation process includes the dogmatic sphere, standing in the line of research of Legal Criminal Systems Contemporary. We depart from the critical study of the theory of punishment of Günther Jakobs, and the theory of penalty of Winfried Hassemer, for then a critical exposition of the common structure of theories, and finally to compare the two theories in their particularities. The research has the objective to infer on the positives and negatives aspects of positive general prevention for the current criminal Law dogmatics, as well as to ascertain whether they are adequate or have some contribution to the contemporary criminal Law, since it is one of the last speeches on the search of a purpose of punishment.

### **Key – Words:**

Criminal Law. Teory of punishment. Positive general prevention. Günther Jakobs. Winfried Hassemer.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
<b>CAPÍTULO 1 – PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E A TEORIA JAKOBSIANA COMO DESCRIÇÃO FUNCIONAL DO SISTEMA SOCIAL .....</b>	<b>12</b>
<b>1.1. Funcionalismo sistêmico ou teoria da evitabilidade individual .....</b>	<b>12</b>
1.1.1. Sociedade, norma e pessoa: os fundamentos de um Direito Penal Funcional.....	13
1.1.1.1. A sociedade como um complexo sistêmico comunicativo.....	13
1.1.1.2. A normatividade como matéria constitutiva da realidade social.....	15
1.1.1.3. O indivíduo jakobsiano como um reflexo dicotômico de uma interpretação bifocal do ser humano.....	18
<b>1.2. Prevenção geral positiva como teoria funcional da pena .....</b>	<b>22</b>
1.2.1. O recorte anacrônico de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez na obra de Günther Jakobs: uma divisão da teoria funcional da pena em três fases evolutivas.....	23
1.2.1.1. A primeira fase: “a pena como mecanismo simbólico de influência sobre os membros da sociedade”.....	26
1.2.1.2. A segunda fase: “a pena como confirmação da identidade da sociedade”.....	27
1.2.1.3. A terceira fase: “a irrupção do fático na teoria da pena”.....	28
1.2.2. Confirmação da realidade normativa: a necessidade de uma segurança da eficácia das normas.....	31
1.2.2.1. O conceito de pena na teoria funcional-sistêmica .....	32
1.2.2.2. O conceito de violação normativa e o significado da conduta infratora .....	34
1.2.2.3. A imagem funcional da pena estatal: significado e finalidade .....	40
<b>CAPÍTULO 2 – PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E A CRÍTICA HASSEMERIANA COMO RESGATE DA CULTURA JURÍDICA DO IDEALISMO ALEMÃO.....</b>	<b>47</b>
<b>2.1. O horizonte de um Direito Penal Libertário.....</b>	<b>47</b>
2.1.1. O retrato do Direito Penal da República Federal da Alemanha .....	48
2.1.2. A dinâmica do Direito Penal moderno: “ <i>dialética da modernidade</i> ” .....	51
2.1.3. O controle social como forma de regulação da vida comum.....	54
2.1.3.1. Normas sociais: do cotidiano ao sistema jurídico-penal.....	56
2.1.3.2. As sanções como limites impostos às desviações normativas.....	57
2.1.3.3. Normas de procedimento: o processo de controle.....	58
2.1.3.4. Controle social e Estado democrático de Direito.....	59
<b>2.2. Prevenção geral positiva: a teoria da pena de Winfried Hassemer.....</b>	<b>60</b>
2.2.1. A construção do discurso justificador: a base teórica da prevenção geral positiva hassemeriana.....	60
2.2.1.1. O Direito penal como parte formal do controle social.....	61
2.2.1.2. Investigação e práxis: teste da justificação penal diante do contemporâneo.....	66
2.2.2. Prevenção geral positiva: conceito e delimitação.....	72
2.2.2.1. “ <i>Prevenção de integração</i> ” e prevenção geral positiva.....	73

2.2.2.2. A ampliação do conceito na prevenção geral positiva hassemeriana.....	73
2.2.2.3. O problema da confirmação empírica da prevenção.....	74
2.2.2.4. A pena como forma de segurança das normas fundamentais.....	76
2.2.2.5. A teoria hassemeriana influenciada por Émile Durkheim e Georg Wilhelm Friedrich Hegel.....	78
2.2.2.6. A identificação da justificação punitiva.....	83

### **CAPÍTULO 3 – PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E A ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS TEORICOS DE GÜNTHER JAKOBS E WINFRIED HASSEMER.....86**

<b>3.1. Noções introdutórias sobre a prevenção geral positiva.....</b>	<b>86</b>
<b>3.2. A estrutura comum da prevenção geral positiva em Gunther Jakobs e Winfried Hassemer: análise crítica.....</b>	<b>91</b>
3.2.1. A insuficiência da idéia de pena como “meio de comunicação” para justificar a punição estatal.....	91
3.2.2. A insuficiência do conceito de “estabilização de expectativas” para constituição de uma finalidade da pena.....	93
3.2.3. A superficialidade do conceito “estabilização de expectativas” diante da teoria das cifras negras da criminalidade.....	95
<b>3.3. A Prevenção geral positiva em Günther Jakobs: análise crítica.....</b>	<b>97</b>
3.3.1. Identificação do objeto: a face metamórfica da prevenção geral positiva jakobsiana.....	97
3.3.2. Aspectos negativos da teoria jakobsiana.....	101
3.3.2.1. Prevenção da mudança da identidade da sociedade: problemática do núcleo teórico.....	101
3.3.2.2. A insuficiência da teoria jakobsiana para legitimação punitiva: modelo tecnocrático de Direito Penal.....	103
3.3.2.3. A funcionalização radical através da prevenção geral positiva: instrumentalização do indivíduo.....	110
3.3.3. Aspectos positivos da teoria jakobsiana.....	113
3.3.3.1. A exclusão da incursão estatal na subjetividade dos indivíduos.....	113
3.3.3.2. O alçamento da teoria da pena para um novo nível: a obsolescência dos conceitos enlatados.....	114
<b>3.4. A Prevenção geral positiva em Winfried Hassemer: análise crítica.....</b>	<b>115</b>
3.4.1. Identificação do objeto: o <i>middle path</i> penal representado pela prevenção geral positiva hassemeriana.....	115
3.4.2. Aspectos negativos da teoria hassemeriana.....	119
3.4.2.1. A insuficiência do conceito de “controle social” para construção de uma teoria da pena.....	119
3.4.2.2. A insuficiência da noção de “formalização” do Direito Penal.....	122
3.4.2.3. A violação à autonomia moral do indivíduo: a ditadura ética, a confusão entre Direito e moral.....	126
3.4.3. Aspectos positivos da teoria hassemeriana.....	129
3.4.3.1. A impossibilidade de uma teoria da pena ignorar a limitação do Direito punitivo a partir da prevenção geral positiva de Winfried Hassemer.....	129
3.4.3.2. O primeiro passo na direção de uma teoria da pena.....	130
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>132</b>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se à compreensão teórica de um dos mais recorrentes discursos justificadores da punição estatal na atualidade: a *prevenção geral positiva*. A teoria da prevenção geral tornou a seara da dogmática jurídico-penal fértil para novas discussões pertinentes ao palco da teoria da pena e estimula o debate sobre suas novas possibilidades argumentativas. Em virtude da vasta dimensão que tal objeto de estudo oferece, a análise, entretanto, possuirá tão-somente como objeto de investigação um espectro restrito a dois autores que defendem este modelo de teoria preventiva: Günther Jakobs e Winfried Hassemer. Tais penalistas representam dois nomes renomados no cenário da doutrina jurídico-pena alemã, e atualmente possuem um alcance bastante extenso nas ciências criminais, como, p.ex., na doutrina jurídico-penal brasileira. Suas concepções igualmente constituem interessante objeto de estudo devido a suas características inovadoras.

O enfoque do estudo restrito a estes dois autores alemães, distante de uma escolha aleatória, justifica-se no fato de que, embora tais autores compartilhem de uma teoria sob a mesma denominação prevenção geral positiva, o resultado de suas concepções penalógicas e da ciência do Direito Penal, como um todo, são completamente distintos. Dessa forma, o desenvolvimento da teoria da prevenção geral pode ser observado em planos teóricos que apresentam em muitos momentos uma extrema diversidade.

A investigação possui como objetivo de análise inferir se os fundamentos teóricos que sustentam a prevenção geral positiva apresentados por estes dois autores estão adequados ou apresentam alguma contribuição para o Direito Penal contemporâneo. Em caso negativo, se, ao menos, apresentariam contribuições para os futuros debates da penalogia. Em outras palavras, destacar quais são os aspectos positivos e negativos das versões da prevenção geral positiva desses penalistas para a atual dogmática jurídico-penal, de forma a submeter a discussão suas noções fundamentais.

A presente análise divide-se em três partes. O primeiro capítulo destina-se a uma apresentação da concepção de prevenção geral positiva de Günther Jakobs. Neste momento, tem-se como objetivo apenas oferecer uma simples descrição das idéias do autor, de forma a ressaltar de maneira acrítica as noções que aparecem igualmente em destaque na teoria jakobsiana. O capítulo está subdividido em duas partes: a primeira destaca de forma genérica as concepções do funcionalismo sistêmico que são necessárias para analisar a sua forma pessoal de prevenção, e a segunda parte apresenta a noção pessoal de prevenção geral positiva propriamente dita do autor. No segundo capítulo, destaca-se a teoria da prevenção geral positiva segundo a ótica de Winfried Hassemer. Da mesma forma que no primeiro capítulo, oferece-se apenas um vislumbre acrítico sobre a teoria hassemeriana, sendo que possui igualmente uma subdivisão em dois tópicos. O primeiro tópico, como no capítulo anterior, apresenta apenas a posição do autor em relação ao comportamento do Direito Penal atual, para, no segundo tópico, esboçar seus fundamentos acerca da sua versão de prevenção geral positiva.

O terceiro capítulo constitui o momento no qual será efetuada a crítica à teoria da prevenção geral positiva a partir dos fundamentos esboçados pelos respectivos autores. Esta parte será subdividida em quatro tópicos. O primeiro segmento efetua uma breve introdução à própria teoria da prevenção geral positiva, apresentando suas definições presentes na doutrina e as formas antecessoras às teorias dos autores em análise. O segundo tópico traz as críticas elaboradas pelos doutrinadores concernentes a noções da prevenção geral aparentes concomitantemente nas visões dos dois autores, ou seja, os elementos comuns da teoria hassemeriana e jakobsiana. O terceiro tópico apresenta, primeiramente, uma análise que busca identificar corretamente a teoria de Günther Jakobs, para depois apresentar os aspectos negativos e, após, os aspectos positivos da concepção preventiva jakobsiana. O quarto tópico apresenta, da mesma forma como feita ao anterior, uma identificação sobre o que de fato consiste a teoria de Winfried Hassemer, apresentando os aspectos negativos e positivos da concepção preventiva hassemeriana.

# CAPÍTULO 1

## PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E A TEORIA JAKOBSIANA COMO DESCRIÇÃO FUNCIONAL DO SISTEMA SOCIAL

*A pena não pode restabelecer bens, mas sim estabilizar a vigência da norma. Isto já ocorre pelo simples fato de que mesmo que o autor seja perseguido, condenado e apenado, a sociedade trata o delito evidentemente como delito e não algo neutro. A pena é especialmente o símbolo da contraposição entre o conjunto de cidadãos e a infração da norma cometida pelo autor.<sup>1</sup>*

Günther Jakobs

### 1.1. Funcionalismo sistêmico ou teoria da inevitabilidade individual

A concepção de Direito Penal de JAKOBS constituiu-se das heranças macrosociológicas do funcionalismo de DURKHEIM – o primeiro funcionalista –, e mais diretamente da teoria sistêmica de PARSONS – o primeiro funcionalista sistêmico –, cujos pressupostos teóricos influenciaram LUHMANN na constituição de sua “teoria dos sistemas autopoieticos”<sup>2</sup>, que comumente é apontada como a fonte de maior influência na teoria jakobsiana, ainda que o próprio autor afirme que tal influência seja superestimada<sup>3</sup>. Ditas concepções possuem seu princípio constitutivo em uma única entidade: a sociedade.

Para que seja viável a compreensão da teoria funcional-sistêmica de JAKOBS é obrigatória a análise dos componentes filosófico-dogmáticos que compreendem o

---

<sup>1</sup> JAKOBS, Günther. Entrevista com Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, FMP, CEIP v.4, n.8, pp. 11-17, jan./abr. 2003. Entrevistas, p. 14.

<sup>2</sup> Na língua vernácula, como obra de introdução ao estudo luhmaniano, indica-se: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2010 (Coleção sociologia). Assim como duas obras já notórias e de expressão: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983 (Biblioteca tempo universitario; 75), assim como: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985 (Biblioteca tempo universitário; 80).

<sup>3</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, São Paulo: Manole, 2003d (Estudos de direito penal; v.6), pp. 2-3.

*sistema social*, os *subsistemas* – neste caso, *p.ex.*, o próprio *sistema jurídico* – e o *indivíduo* jakobsiano. Tais conceitos são fortemente influenciados pelas obras de LUHMANN, HEGEL e KANT, além de outros autores. Contudo, pode-se afirmar a priori que a teoria funcional do autor está em constante dinâmica, e tal fluidez advém das críticas realizadas às suas formulações. O produto resultante, portanto, constitui o próprio esforço de JAKOBS em aperfeiçoar o discurso que construiu ao longo de sua carreira como forma de descrever a realidade social apreendida pelo sistema jurídico-penal.

A priori, em uma descrição introdutória geral e superficial, pode-se citar uma das descrições de JAKOBS na qual apresenta o funcionalismo sistêmico como uma teoria que predestina ao Direito Penal “a garantia da constituição de uma sociedade e a preservação de sua identidade diante de vias alternativas”.<sup>4</sup> De forma que se trata, para o autor, sempre de um problema do sistema social a ser resolvido, que terá sua solução por meio de um sistema jurídico (penal), que nada mais é do que um sistema social parcial. Em outras palavras, Direito Penal e sociedade seriam inseparáveis.<sup>5</sup>

### **1.1.1. Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**

Para perfeita compreensão da teoria global sistêmica e mais especificamente da teoria funcional da pena, faz-se mister o estudo acerca de três conceitos fundamentais na concepção de JAKOBS, quais sejam o conceito de sociedade, normatividade e personalidade, analisando seu significado e a forma como tais entidades coadunam-se entre si em um contexto punitivo, formando o alicerce de um Direito Penal funcional.

#### **1.1.1.1. A sociedade como um complexo sistêmico comunicativo**

A concepção de *sistema social* consiste no axioma da teoria do funcionalismo sistêmico e mostra-se fundamental em qualquer de suas fases de legitimação punitiva. A cosmovisão jakobsiana define a sociedade como um (macro)sistema comunicativo

---

<sup>4</sup> JAKOBS, 2003d, op. cit., p. 1.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 5 e ss.

composto por subsistemas psicofísicos em diálogo perpétuo, e este complexo sistêmico deve ser compreendido como uma realidade *construída* pelos subsistemas – portanto, uma ordem configurável, e não constatável – a partir de uma matriz normativa.<sup>6</sup> Destarte, o sistema social figura como a eterna construção de um contexto de comunicação por meio de regras de configuração – nesse caso, as normas –, cuja imutabilidade perante os subsistemas psicofísicos garante a cristalização de uma determinada face normativa à sociedade<sup>7</sup>. Porém, JAKOBS não recorre a uma base ontológica que enrijeça este conceito; pelo contrário, trata-se da configuração e não da constatação de um estado, ou seja, este “*contexto*” ou “*sistema*” comunicativo ou esta “*identidade*” normativa poderiam estar configurados de forma diversa da qual está no caso concreto.<sup>8</sup> Portanto, o sistema social não constitui apenas uma face normativa, mas uma face normativa mutável.

Nesse diapasão, afirma que a sociedade ou contexto de comunicação deve ser capaz de manter a sua configuração original diante de outras propostas ou modelos de identidade normativa, de modo a evitar que qualquer divergência possa dar início a uma (r)evolução; sendo que, dessa forma, aparece a relação entre sociedade e Direito Penal, demonstrando que se trata, em verdade, da “passagem de uma compreensão cognitiva para uma compreensão puramente normativa do social”.<sup>9</sup> Tal afirmação, em si, poderia resumir a teoria jakobsiana: uma forma de compreender a realidade social através das normas que a constituem. As normas formam uma sociedade de uma comunhão de subsistemas psicofísicos. As normas convertem estes sistemas em “pessoas em Direito”.<sup>10</sup>

Deste primeiro esboço pode-se visualizar o cenário completo da teoria social de JAKOBS: a sociedade constitui um macrossistema comunicativo composto por subsistemas psicofísicos normativamente interpretados como pessoas em Direito que

---

<sup>6</sup> JAKOBS, 2003d, op. cit., pp. 10 e ss.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>8</sup> Ibidem, pp. 10 e ss. “*Visto que se trata da configuração, e não da constatação de um estado, a identidade da sociedade se determina por meio das regras de configuração, vale dizer, por meio de normas, e não por determinados estados ou bens*”. Ibidem, pp. 10-11.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>10</sup> JAKOBS, loc. cit.

se organizam dentro de seus próprios círculos ou âmbitos de organização.<sup>11</sup> E tais círculos ou âmbitos de organização individual representam o total de todos os atos de configuração que uma pessoa pode empreender sem perturbar a outros e vice-versa, e que o outro continuamente leva a cabo como atribuição de sua organização. Trata-se de fronteiras delimitadas normativamente.<sup>12</sup>

Assim, a sociedade é demarcada individualmente em círculos de organização, que consistem unidades separadas, sem que jamais um círculo de organização provoque a deterioração dos demais.<sup>13</sup> Em outras palavras, perante qualquer pessoa existe a expectativa de que se organize de tal maneira que seu próprio círculo de organização não produza danos para os círculos de outras pessoas.<sup>14</sup>

#### 1.1.1.2. A normatividade como matéria constitutiva da realidade social

Para demonstrar sua concepção funcional, JAKOBS parte de uma compreensão de que para o homem orientar-se no mundo, precisa conhecer suas regras, sendo que estas regras estão inseridas em uma relação dicotômica: de um lado têm-se regras *da natureza*, cujos exemplos que JAKOBS fornece são a lógica e a matemática e, do outro lado, têm-se as normas *da sociedade*.<sup>15</sup> Para JAKOBS, a fronteira entre o mundo natural e o mundo social não está cristalizada, contudo, a forma como as frustrações devem ser assimiladas num ou noutro mundo está<sup>16</sup>; esta parte será fundamental para a compreensão de sua forma de ver os três elementos essenciais de sua teoria.

O autor passa a diferenciar as conseqüências sobre as frustrações geradas pela relação homem-mundo nestas duas esferas. Afirma que se o mundo natural “não

<sup>11</sup> JAKOBS, Günther. Sobre el concepto de delito contra la persona. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre: FMP, CEIP, v. 3, n. 5, p. 167-182, jan./abr. 2002, p. 169.

<sup>12</sup> JAKOBS, 2002, op. cit., p. 169.

<sup>13</sup> JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003e (Estudos de Direito Penal; 8), p. 2.

<sup>14</sup> JAKOBS, loc. cit.

<sup>15</sup> JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Tradução da obra Strafecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª edição, por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008b, p. 13; JAKOBS, Günther. ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Cuadernos Civitas, 2003a, p. 48.

<sup>16</sup> JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2003a, op. cit., pp. 48 -49.

funciona” ou não se revela da forma como o homem projetou, ou seja, se a expectativa que o homem, em face do conhecimento que acumulou até o momento, é frustrada por um acontecimento diverso na realidade natural, é porque o homem fez um prognóstico incorreto, pensando em hipóteses: ou “ele não aprendeu corretamente as leis da natureza”, ou, talvez tenha “avaliado incorretamente a complexidade da situação”, ou ainda talvez tenha “se enganado em seus cálculos”.<sup>17</sup> Seja qual for a hipótese, o homem precisará futuramente aprender, melhorar, reformar, “atualizar seus conhecimentos”. As expectativas “cuja frustração é assimilada por meio de um aperfeiçoamento do material cognitivo”, ou seja, que demonstram que se deve alterar o conhecimento anterior por estar equivocada, são chamadas “*expectativas cognitivas*”.<sup>18</sup>

No momento em que se lida com o mundo social, esta lógica não ocorre da mesma maneira. A partir do fato de que as pessoas estão vinculadas por normas, afirma, dirige-se a qualquer pessoa uma expectativa de que se comporte de acordo com as mesmas; e quando esta não se comporta de acordo com o normativamente previsto – diferentemente do que ocorre com a expectativa cognitiva – o conhecimento anterior – normativo – não é considerado equivocada ou obsoleto<sup>19</sup>. A norma não será abandonada diante da frustração normativa, a norma não necessita revisão ou atualização; pelo contrário, “persevera-se na expectativa, e o comportamento incorreto do infrator da norma é tematizado como causa determinante da frustração”: essas são as “*expectativas normativas*”.<sup>20</sup>

Contudo, há uma outra diferença, afirma, o mundo real em si possui princípios indissolúveis aos quais o homem precisa respeitar e se ajustar, ou seja, possui um alicerce em si mesmo, mas o mundo social não detém tal alicerce cognitivo<sup>21</sup>. Portanto, afirma JAKOBS, a expectativa normativa, assim como toda e qualquer criação

<sup>17</sup> JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2003a, op. cit., pp. 48 -49.

<sup>18</sup> Jakobs fornece um exemplo: “*uma pessoa que nada mar adentro sob a ameaça de uma tempestade, colocando-se, assim, prontamente, numa situação precária, se vier a sobreviver, de fato, ao acontecimento, numa próxima vez, examinará mais atentamente as condições do tempo ou, então, desistirá totalmente de entrar no mar*”. JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2003a, op. cit., p. 49.

<sup>19</sup> JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 14; JAKOBS, 2003a, op. cit., pp. 49-50.

<sup>20</sup> Jakobs fornece um exemplo nesse caso também: “*a pessoa que tiver sua integridade física lesada sem razão alguma não se contentará em ser mais cuidadosa da próxima vez, mas persistirá em seu direito de não ser ferida, isto é, qualificará o agente como causa de sua frustração e exigirá sua punição, vale dizer, a confirmação de sua expectativa*”. JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 14; JAKOBS, 2003a, op. cit., pp. 49-50.

<sup>21</sup> JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 14

normativa, precisa deste alicerce cognitivo para poder “existir efetivamente e não apenas conceitualmente”.<sup>22</sup> O autor exemplifica duas vezes: primeiramente, se utiliza da descrição de KELSEN sobre o Estado, igualmente uma criação normativa, que descreve como “uma ordem coercitiva eficaz”, ou seja, como ironiza JAKOBS, “um Estado apenas pensado não é exatamente um Estado efetivo”; o outro exemplo trata do sujeito de Direito que, como titular de deveres e direitos, somente será considerado pessoa se se comportar de acordo com seus deveres, isto é, se o infrator penal persistir nas infrações graves e se há constante ameaça de mais crimes, ele tornar-se-á inimigo<sup>23</sup>. Este é o resultado de todas as expectativas normativas: necessitam estar alicerçadas cognitivamente, para que uma pessoa possa se envolver com ela.<sup>24</sup> JAKOBS demonstra avaliar toda a construção de sua teoria funcional a partir desse foco dicotômico. Esta forma de análise da realidade repete-se quando o autor olha para o ser humano e tenta descrevê-lo através dessa lente.

JAKOBS ainda diferencia as expectativas normativas de acordo com dois âmbitos de objetos. A primeira forma de expectativa diz respeito àquela idéia de que “todos os seres humanos mantenham em ordem sua esfera organizatória”, de forma a evitar que suas reações externas possam causar danos a outrem, sendo que a estabilidade dessa expectativa geral se encima em dois motivos: primeiro, porque ninguém pode dominar concomitantemente todas as esferas de organização; e segundo, cada pessoa possui o direito a configurar a sua própria esfera de organização, e este direito não concede que alguém tenha permissão para dominar a tal ponto.<sup>25</sup> Essa expectativa possui um conteúdo meramente negativo, ou seja, exige que as esferas de organização permaneçam estanques (à vulneração dessa expectativa, JAKOBS relaciona os “*crimes de domínio*” ou “*crimes de responsabilidade por organização*”); e o segundo âmbito concerne à “expectativa de que as instituições funcionem regularmente”, na qual há uma sincronia entre instituições e esferas de

---

<sup>22</sup> JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 14

<sup>23</sup> JAKOBS, loc. cit.

<sup>24</sup> JAKOBS, loc. cit.

<sup>25</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª edición, 1991, Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª edición corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 11; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 23.

organização da pessoa.<sup>26</sup> Essa expectativa possui um conteúdo positivo e a frustração dessa expectativa JAKOBS associa aos “*crimes de infração de dever*” ou “*crimes por responsabilidade institucional*”.<sup>27</sup>

### 1.1.1.3. O indivíduo jakobsiano como um reflexo dicotômico de uma interpretação bifocal do ser humano

A sociedade jakobsiana, enquanto construção de um mundo objetivo, deve sua forma a seus partícipes, indivíduos relevantes sistêmica e comunicativamente, responsáveis por sua configuração e que são definidos pela validade que atribuem à ordem social.<sup>28</sup> Tais partícipes constituem figuras dicotômicas, descritas por JAKOBS como seres de dupla face, sistemas distintos de acordo com a forma de interpretação adotada pelo observador: pessoa e indivíduo.<sup>29</sup>

A partir de uma pura interpretação cognitiva, afirma o autor, o ser humano manifesta-se como um (sub)sistema psicofísico “resultado de processos naturais”, o que representa a leitura de um animal social, ao qual o autor recorre à descrição da teoria do sujeito kantiana para facilitar sua descrição.<sup>30</sup> Os indivíduos humanos cognitivamente seriam animais inteligentes que se movem a partir de critérios próprios de satisfação e insatisfação, o que significa, conforme o autor, indivíduos guiados pelo interesse na produção de um acontecimento que lhes interesse ou na ausência deste, se não lhes interessa.<sup>31</sup>

Por outro lado, o ser humano possui uma *máscara* ou segunda face, construída comunicativa e normativamente que surge como resultado da construção dessa ordem social: a “*pessoa em Direito*”.<sup>32</sup> A pessoa em Direito não existe no mundo cognitivo, na concepção de JAKOBS, ou seja, ela passa a existir somente a partir do mundo objetivo,

<sup>26</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p 11; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 23.

<sup>27</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p 11; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 23.

<sup>28</sup> JAKOBS, 2003d, op. cit., p. 31.

<sup>29</sup> JAKOBS, loq. cit.

<sup>30</sup> JAKOBS, Günther. La idea de la normativización em la dogmática jurídico-penal. In: JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Cuadernos Civitas, 2003b, pp. 15 e ss.

<sup>31</sup> JAKOBS, loq. cit.

<sup>32</sup> JAKOBS, 2003d, op. cit., p. 31.

que, como supraposto, ancora-se em uma matriz normativa (ainda que, como rememora o autor, seja constituída por uma norma apenas).<sup>33</sup>

Inserido nesse mundo objetivo, o indivíduo converte-se em uma entidade construída através da instituição de direitos e deveres, o que, nas palavras exatas do autor, significa que a pessoa representa uma “unidade ideal de direitos e deveres que são administrados através de um corpo e uma consciência”.<sup>34</sup> JAKOBS ressalta que será através do corpo que esta unidade ideal se fará presente em sociedade e através da consciência se operará a comunicação, estruturalmente acoplada a mesma, destacando a concretização de pessoa em Direito através deste link normativo entre direitos e deveres.<sup>35</sup> Tal reforço discursivo é necessário, pois será através da vulneração dos direitos ou do descumprimento dos deveres que a personalidade em JAKOBS será colocada em questão.

A pessoa em Direito, dessa forma, é uma construção social ou normativa, e JAKOBS ressalta que, como qualquer instituição social, pode ser questionada pela conduta ou modo de configuração dos demais partícipes da sociedade.<sup>36</sup> Alia-se a esta característica, a relatividade deste conceito, uma vez que a noção de pessoa em Direito mudará em função do contexto comunicativo de determinada sociedade<sup>37</sup>. Isso significa dizer que *pessoa* é quem a sociedade determinou que seja; e os detalhes desse ponto de destino, que está construído com direitos e deveres, diferem de modo considerável dependendo do contexto, ou seja, nem todo ser humano é pessoa jurídico-penal.<sup>38</sup>

Esta entidade, inserida em um contexto de pura normatividade (JAKOBS a refere como pura pessoa em Direito), representa um ponto de partida, um começo abstrato na realização do Direito; outrossim, afirma que esta personalidade abstrata não representa uma totalidade e sequer um objetivo final.<sup>39</sup> Estas constatações estão umbilicalmente

---

<sup>33</sup> JAKOBS, 2003d, op. cit., p. 31.

<sup>34</sup> JAKOBS, 2003b, op. cit., p. 21.

<sup>35</sup> JAKOBS, loq. cit.

<sup>36</sup> Do contrário, afirma, nunca poderia ter havido escravos, e não poderiam existir as pessoas jurídicas. JAKOBS, 2003b, op. cit., p. 21.

<sup>37</sup> JAKOBS, loc. cit.

<sup>38</sup> JAKOBS, 2003b, op. cit., pp. 20-21.

<sup>39</sup> JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal Del enemigo? Um estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Eds.). **Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad**: seminario con Günther Jakobs en la UAM. Prólogo Günther Jakobs. Navarra: Cuadernos Civitas, 2008a, pp. 32-33.

ligadas ao usufruto dos direitos que a constituem, uma vez que há um ordenamento jurídico que garante não apenas o Direito nu, mas o uso do Direito; ou seja, para a pessoa em Direito concreta, afirma JAKOBS, os direitos valem somente enquanto direitos para seu desfrute, porque, enquanto direitos nus, são inúteis<sup>40</sup>. O que significa que a pessoa se encontra acoplada estruturalmente ao indivíduo, ao ser de necessidades, que sem a satisfação destas não pode converter-se em realidade.<sup>41</sup>

Portanto, afirma o autor, a personalidade, como orientação efetiva, não pode realizar-se com seu mero postulado, ela exige determinadas condições.<sup>42</sup> Contudo, esta concretização da personalidade não reside apenas na garantia de direitos para uso, mas repousa sobre os ombros do próprio indivíduo-pessoa: JAKOBS ressalta que a proposição "*todo homem tem por direito a pretensão de ser tratado como pessoa*" mostra-se incompleta, uma vez que é mister determinar de fato quem deve produzir as condições de efetivação dessa personalidade; e essa preocupação com o embasamento cognitivo se encontra, nos encargos da pessoa, através da prestação de fidelidade ao ordenamento.<sup>43</sup> Dessa forma, afirma que o preceito correto deve ser: "*todo aquele que ao menos de alguma forma realiza fidelidade segura ao direito tem a pretensão de ser tratado como pessoa*", e quem não realiza esta prestação será então hetero-administrado, ou seja, não será tratado como pessoa.<sup>44</sup>

A pessoa surge como concomitante fonte e destino de expectativas normativas: enquanto titular de direitos, dirige expectativas a outras pessoas, no sentido de respeitar seu âmbito de organização; e enquanto titular de deveres, expectativas dos demais repousam sobre si de que respeitará a organização alheia e se manterá fiel ao ordenamento jurídico.<sup>45</sup> No que toca aos atores envolvidos no cenário delitivo, para a pessoa em Direito na figura da vítima se realizar, um ordenamento jurídico deve ser mantido a todo custo para que possa oferecer às vítimas potenciais algo mais que uma orientação abstrata; enquanto no caso da pessoa em Direito na figura do infrator, o

---

<sup>40</sup> JAKOBS, 2008a, op. cit., p. 33.

<sup>41</sup> JAKOBS, loq. cit.

<sup>42</sup> JAKOBS, Günther. Terroristas como personas en Derecho? In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ. Carlos. (orgs.) **Derecho Penal del enemigo**: el discurso penal de la exclusión. V.2. Buenos Aires: Bdef, 2006, p. 82.

<sup>43</sup> JAKOBS, 2006, op. cit., p. 83.

<sup>44</sup> JAKOBS, loq. cit.

<sup>45</sup> JAKOBS, 2003b, op. cit., pp. 20-21.

ordenamento se impõe de forma que este sabe que a norma está fundamentada e vigente, de forma que conheça seu dever e possa se orientar de acordo com a norma.<sup>46</sup>

JAKOBS busca autores contratualistas para reforçar as elementares fundantes de sua concepção. O autor rememora aquele estado primitivo citado por ROSSEAU no qual os seres humanos, afastados de um estado normativo, em um estágio inicial, permanecem sob uma visão cognitiva de sociedade, ou seja, na qual as relações se dão sob um uso instrumental recíproco e ocasional.<sup>47</sup> Os seres humanos aparecem como seres selvagens, cuja ausência de identidade torna impossível uma autoreferência, ou sequer uma autoreferência livre.<sup>48</sup>

JAKOBS vai além da filosofia do Direito, e se utiliza destas referências para afirmar que a própria constituição da subjetividade somente se torna possível a partir de um sistema social, sendo a subjetividade gerada em um processo mediado pelo social: sem uma sociedade em funcionamento, faltam as condições empíricas da subjetividade.<sup>49</sup> Afirma o autor que, diante da ausência de uma sociedade em funcionamento, restaria simplesmente uma acumulação casual de indivíduos humanos, que, ao carecer de algo comum de caráter vinculante, não conhecem o mundo objetivo e, por isso, não podem transpassar o âmbito de suas respectivas percepções individuais.<sup>50</sup>

JAKOBS ressalta que o indivíduo somente pode delimitar-se e compreender-se como sujeito diante de uma interação em sociedade, diante da transcendência do comparável ou do comunicável.<sup>51</sup> Somente a partir deste sentido comunicativo, surge o sentido subjetivo, o que significa que a subjetividade surge como pressuposto e também consequência da socialidade, contrariando a visão de sociedade como um produto pronto e terminado, anteposta ao sujeito e vice-versa: através da realização da

---

<sup>46</sup> JAKOBS, 2008a, op. cit., pp. 32-33.

<sup>47</sup> JAKOBS, 2003d, op. cit., p. 15.

<sup>48</sup> JAKOBS, loq. cit.

<sup>49</sup> “É errado contrapor as condições de constituição da subjetividade as condições de constituição da socialidade no sentido de ‘aqui liberdade’ aqui coletivismo”. JAKOBS, 2003d, op. cit., p. 15.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>51</sup> Ibidem, pp. 17-18. Jakobs critica “a confusão entre a perspectiva social-funcional e um modelo social de orientação coletivista ou inclusive totalitária [...] a perspectiva funcional não está atada a um modelo social determinado [...]. Quem só sabe que uma sociedade está organizada de modo funcional, não sabe nada acerca de sua configuração concreta, ou seja, não sabe sobre os conteúdos das comunicações suscetíveis de serem incorporadas”. Ibidem, pp. 19-20.

socialidade, há o desenvolvimento da subjetividade.<sup>52</sup> JAKOBS ressalta a importância desse processo quando afirma que “sem processo de comunicação não se geram sujeitos livres”.<sup>53</sup>

A partir desta socialização, o indivíduo se constitui subjetivamente convertendo-se em uma entidade especial: o sujeito privado, que, por sua vez, se relacionará com outros sujeitos privados, sendo o objetivo final a revelação de seu perfil pessoal, ou seja, a revelação intitulada “*sou como sou*”.<sup>54</sup> Tal conhecimento deve ser alcançado pelo próprio indivíduo, assim como a conclusão de que não há alternativa viável à juridicidade, sendo que JAKOBS resume a imperiosidade do mundo objetivo ou social com uma referência aristotélica a partir da qual “quem não pode viver na comunidade ou não necessita dela é um animal ou deus”.<sup>55</sup>

A consciência da necessidade da interação social sob uma ordem jurisdicional é fundamental para a pessoa, uma vez que se não existir, restará uma das duas hipóteses: ou a juridicidade é mera coerção, sendo nesse caso não uma pessoa, mas um animal; ou a juridicidade é irrelevante, e, nesse caso, o indivíduo atuaria como um deus.<sup>56</sup>

Desse modo, uma vez que foram apresentados estes três elementos (sociedade, normatividade e personalidade), pode-se passar à análise da teoria da pena jakobsiana propriamente dita.

## 1.2. Prevenção geral positiva como teoria funcional da pena

Primeiramente, será utilizada como forma de apresentação da teoria jakobsiana da pena uma análise diacrônica efetuada por CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ, destacando a dinâmica transmutadora da noção sobre a punição estatal de JAKOBS, que se coaduna com as noções que foram apresentadas no tópico anterior.

---

<sup>52</sup> Ibidem, pp. 17-18.

<sup>53</sup> JAKOBS, loq. cit. O autor afirma categoricamente que “*sem um mundo objetivo vinculante não há subjetividade e vice-versa*”. JAKOBS, 2003d, op. cit., p. 17.

<sup>54</sup> JAKOBS, 2003d, op. cit., p. 18.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>56</sup> JAKOBS, loq. cit.

Os autores espanhóis dividem o estudo em três momentos ou três fases: primeiramente, JAKOBS desenvolve uma noção de punição alinhada aos conceitos de seu mestre WELZEL e a relação da pena com a fidelidade dos cidadãos ao Direito, correspondente a uma fase psicologicista; em um segundo momento, passando a funcionalizar suas bases teóricas, assim como incorporar proposições hegelianas a partir da qual ocorrerá a formalização de sua perspectiva sobre a pena e sobre o Direito Penal; e, por último, desenvolve sua teoria da pena já tendo assimilado o discurso afirmativo-legitimador do Direito Penal do inimigo, considerando os aspectos empíricos na tentativa de responder as críticas quanto a sua fase anterior.

### **1.2.1. O recorte anacrônico de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez na obra de Günther Jakobs: uma divisão da teoria funcional da pena em três fases evolutivas<sup>57</sup>**

CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ afirmam que para compreender a teoria de JAKOBS é necessário considerar a “evolução” das ciências sociais na busca pela resposta acerca do significado da pena, sendo que ditas ciências abriram rumo a novas perspectivas na teoria da pena no que concerne aos “modelos *preventivo-simbólicos* ou *comunicativos*”.<sup>58</sup>

Os autores destacam a presença destas concepções dentro do período dos últimos trinta anos “através da obra de JAKOBS”, cuja concepção representaria “um modelo coerente de uma nova racionalidade funcional”, que oferece descrições acerca da função social do Direito Penal que não podem ser prescindidas se se quer desenvolver uma teoria moderna da pena.<sup>59</sup> Na sua teoria, afirmam, é possível observar a relação das ciências sociais ou da metodologia funcional-sistêmica com o conteúdo dogmático da teoria da pena.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Nesse tópico é utilizado o estudo: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. ¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar. In: JAKOBS, Günther. **La pena estatal: significado y finalidad**. Traducción y estudio preliminar Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Cuadernos Civitas, 2006. (Tradução do original Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004).

<sup>58</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 17.

<sup>59</sup> Ibidem, pp. 17-18.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 18.

Desde 1976, apontam os autores, JAKOBS apresenta diversas formas para sua teoria da pena, mas em qualquer uma delas há uma elementar invariável: a teoria da pena deve descrever a função da pena em um sistema social dado.<sup>61</sup> Em uma perspectiva mais ampla da teoria sistêmica, o Direito é descrito como sistema de comunicações que tem por função estabilizar expectativas normativas que possuem sua proteção nas sanções.<sup>62</sup>

Além disso, tentam resumir as equações teóricas formuladas por JAKOBS apontando sua compreensão acerca das normas como expectativas normativas configuradoras da estrutura da ordem social, que por sua vez são configuradas pela política; igualmente, a compreensão do delito como defraudação de expectativas e o significado da pena de manter expectativas normativas ou a vigência da norma.<sup>63</sup>

A atual pena jakobsiana, apontam, é imposta como forma do sistema social “processar as defraudações às custas do infrator” (função de estabilização) e concomitantemente uma forma de assegurar a probabilidade de seguimento da norma (fim preventivo-geral).<sup>64</sup> Este último possui como limite a pessoa em Direito, excetuando o momento em que o indivíduo que não possa garantir sua fidelidade, quando nesse caso aparecerá o *inimigo*.<sup>65</sup>

CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ ressaltam a importância que JAKOBS realiza dos preceitos de LUHMANN quando se utiliza da idéia de expectativas como “elementos estruturais do sistema”, ou seja, “toda a ordem social se basearia na existência de certas expectativas de comportamento mais ou menos estáveis”; e a confiança na sua concretização, rememoram, seria uma forma de reduzir a complexidade social.<sup>66</sup>

Deste raciocínio adviria a idéia de expectativas normativas (como “expectativas garantidas pelo ordenamento jurídico”) que JAKOBS utiliza e a sua manutenção diante

---

<sup>61</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 18.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>65</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>66</sup> Ibidem, pp. 21-22.

de defraudações; em outras palavras, afirmam, são sustentadas “institucionalmente como válidas diante de experiências que contradizem sua validade”.<sup>67</sup>

Os autores ressaltam como a pena na teoria funcional-sistêmica aparece como figura instrumental de resolução de defraudações de expectativas cuja estabilização não pode ser realizada de outra maneira.<sup>68</sup> A pena opera como um tratamento específico de defraudações, e este tratamento obtém seu sucesso na manutenção da expectativa comportamental às custas do próprio defraudante.<sup>69</sup>

Seu caráter simbólico restaria na capacidade da sanção de expressar que a expectativa da sociedade não está incorreta, e sim, a própria ação ou comunicação do infrator; e, assim, resolver comunicativamente o conflito instaurado a partir daí mediante imputação do mesmo.<sup>70</sup> A pena jakobsiana, apontam, “não deve ser entendida no plano natural, como um mal que sucede outro mal, mas comunicativamente, como restabelecimento da validade da norma”.<sup>71</sup>

Contudo, afirmam CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ, com a exceção de seu ponto de partida teórico básico, a teoria da pena jakobsiana não pode ser compreendida como uma foto fixa, uma vez que consiste em uma idéia de trinta anos em “plena evolução” e passou por contínuas reformulações, ressaltando que para uma correta compreensão da concepção de JAKOBS deve-se considerar “o aspecto dinâmico da construção de sua teoria da pena”, e em seqüência dividem a sua obra em três fases.<sup>72</sup> Em cada uma dessas fases, JAKOBS nos trouxe um paradigma das teorias funcionais da pena. A primeira fase, que dura até o início dos anos noventa, representa a “fase *psicologista*” na qual a pena corresponde tão-somente ao modelo prevencionista; a segunda fase, no período em seqüência, consiste na identificação de sua teoria com um “conceito *funcional* de retribuição” e, por último, a terceira fase, que data dos últimos anos, a qual os autores definem como uma “*recognitivização da teoria da pena*”.<sup>73</sup>

---

<sup>67</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., pp. 22-23.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>69</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 24

<sup>71</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>72</sup> Ibidem, pp. 27-28.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 28.

### **1.2.1.1. A primeira fase: “a pena como mecanismo simbólico de influência sobre os membros da sociedade”**

A primeira fase da teoria da pena jakobsiana é identificada pelos autores com seus primeiros pressupostos, e destacam a obra *Schuld und Prävention* como obra emblemática desse modelo, que data exatamente o início dessa fase, o ano de 1976, durando, como supraposto, até o início dos anos 90, sendo aquela no qual há uma identificação unicamente com a prevenção geral positiva.<sup>74</sup> Em um primeiro momento, o desenvolvimento das idéias de JAKOBS identifica essa prevenção diretamente com a noção de “exercício da fidelidade ao Direito”, mas, ao decorrer de seus estudos, a noção de “confiança geral na vigência das normas” passa a um primeiro plano, desbancando a idéia de exercício da fidelidade ao Direito e o “exercício da aceitação das conseqüências”, ou seja, as funções descritas pelo autor na sua via preventiva.<sup>75</sup> É perceptível, afirmam, o quanto JAKOBS direciona a cada momento uma menor relevância ao “aspecto individual da infração”, passando a valorizar o aspecto sobre o “significado social do fato penal”.<sup>76</sup> Dessa forma, a função da pena passa a centrar-se gradativamente na “necessidade de garantir a vigência das expectativas normativas essenciais” diante de condutas que põem em dúvida a norma como modelo de orientação dos membros da sociedade, sendo que disso depende a configuração da identidade da sociedade.<sup>77</sup>

Contudo, ressaltam os autores que em virtude das críticas a este modelo do exercício da fidelidade ao Direito, no sentido de que não respeitaria a autonomia dos indivíduos, uma vez que a pena imporá não somente “respeito externo as normas”, mas uma “atitude interna de adesão aos valores subjacentes”, inclusive ressaltando uma determinada semelhança entre a teoria jakobsiana e a teoria welzeliana da pena, JAKOBS passou a funcionalizar de forma contínua as bases de sua teoria.<sup>78</sup> Sua intenção, ressaltam CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ, seria “desvincular sua concepção de qualquer forma de influência psicológica ou interna nos cidadãos”. Dessa

---

<sup>74</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 29.

<sup>75</sup> Ibidem, pp. 28-29.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>77</sup> Ibidem, pp. 29-30.

<sup>78</sup> Ibidem, pp. 30-31.

forma, afirmam, na segunda fase da teoria da pena de JAKOBS, a sociedade constituiu-se em um sujeito com sua identidade própria e que difere da identidade de cada cidadão, sendo que a pena somente possuiria um sentido para este sujeito.<sup>79</sup>

#### 1.2.1.2. A segunda fase: “a pena como confirmação da identidade da sociedade”

A segunda fase da teoria jakobsiana, cuja obra-símbolo os autores destacam em *Sociedad, norma y persona*, compreende este período a partir do qual o autor afasta-se da idéia psicologicista de prevenção geral positiva, tendo seu início nos anos noventa e durando até o ano de 2003, no advento ao qual seu discurso do Direito Penal do inimigo adquire uma perspectiva afirmativo-legitimadora.<sup>80</sup> Contudo, focando nessa segunda fase, destacam CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ que, em alguns de seus trabalhos, JAKOBS passa a defender a idéia da pena como “*marginalização do fato* em seu significado lesivo para a norma e, com isso, como constatação de que a estabilidade normativa da sociedade permanece inalterada”.<sup>81</sup> A partir desse ponto, os autores citam diretamente as idéias do autor, destacando sua formulação na qual impõe como função *manifesta* da pena “confirmar a identidade da sociedade” e como função *latente* da pena a “direção da motivação”, ou seja, nas palavras de JAKOBS: “a repetida marginalização do fato e confirmação da estabilidade social exclui formas de comportamento delitivas do repertório das sugeridas”, e a isso denomina “*prevenção geral positiva como função latente da pena*”.<sup>82</sup> CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ afirmam que esta é aquela idéia de exercício da fidelidade ao Direito defendida outrora.<sup>83</sup>

A partir de *Sociedad, norma y persona*, os autores destacam as afirmações de JAKOBS nas quais defende que o papel do Direito Penal consiste em contradizer as contradições das normas fundamentais da identidade da sociedade, sendo esta, nesse momento, a sua atuação: confirmar a identidade da sociedade (a pena, ainda que possa produzir conseqüências psicológico-sociais ou psicológico-individuais, possui um

<sup>79</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 31.

<sup>80</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>81</sup> Ibidem, pp. 31-32.

<sup>82</sup> Ibidem, pp. 32-33.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 32.

significado próprio, independente desses efeitos, ou seja, uma autocomprovação social).<sup>84</sup> Além disso, destacam, JAKOBS afirma que fato e pena estão no mesmo plano, sendo o primeiro a negação da estrutura da sociedade e a segunda a marginalização desta, retirando a essencialidade dos efeitos psicológicos, possuindo a pena uma função independentemente de efeitos psicossociais.<sup>85</sup> Dessa forma, afirmam os autores, JAKOBS se afasta completamente daquela idéia de *Schuld und Prävention*, defendida em 1976, passando a destacar uma separação entre efeitos (confirmadores e preventivos) e funções da pena (aberta e latentes), sendo que o fator determinante seria o destinatário da pena: a função confirmadora tem como destinatárias as pessoas, partícipes da comunicação enquanto as funções latentes possuem como destinatários, deduzem, os delinqüentes reais e potenciais.<sup>86</sup> O autor, apontam, define tacitamente que a função da pena é confirmar a identidade da sociedade ou a real configuração normativa da sociedade, sendo isso o que a diferencia de outras conseqüências jurídicas e isso o que define o funcionalismo jurídico-penal como sua teoria funcional de Direito Penal.<sup>87</sup>

### **1.2.1.3. A terceira fase: “a irrupção do fático na teoria da pena”**

Os autores passam a descrever o que concebem como a última fase da teoria da pena jakobsiana. Diante das críticas em relação à *abstração* das concepções desenvolvidas durante sua segunda fase (o modelo de prevenção general positiva que desenvolveu relegaria a um segundo plano os “fatores empíricos do funcionamento da pena”, sendo fundamental este apontamento diante de uma teoria que tem como pretensão retratar o funcionamento social do sistema jurídico-penal), JAKOBS, portanto, passa a refletir sobre este plano, desenvolvendo as concepções de prevenção especial e geral negativas.<sup>88</sup> A alocação destes fatores cognitivos da pena nessa fase se dará em dois importantes elementos que constituem, ressaltam CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ, presença constante nos debates acerca do Direito Penal, quais sejam, “a

---

<sup>84</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 33.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pp. 33-34.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 34-35.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 53.

*necessidade da dor penal*” e o “*sujeito imputável perigoso*” (ou ainda, os tipos de sujeitos a partir do Direito Penal do inimigo).<sup>89</sup> Estes elementos outrora secundários ocuparão uma posição central, uma vez que, como destacam, para que haja a cimentação cognitiva necessária para a manutenção da vigência real da norma deve necessariamente haver a dor penal, isto seria um mecanismo essencial da pena; e aqueles infratores que não demonstram tal apoio, serão compreendidos como pessoas não reais, recaindo nas sanções do Direito Penal do inimigo.<sup>90</sup> Nessa fase, afirmam os autores, JAKOBS se propõe a satisfazer um hiato, deixado por sua concepção até este momento, entre o “*significado*” e a “*finalidade*” da pena, ou seja, entre “*confirmação da vigência da norma*” e “*segurança em termos fático-naturais*”, ou ainda, entre “*pena*” e “*polícia*”.<sup>91</sup> Essa dicotomização (indivíduo e pessoa, orientação normativa e violência da pena, finalidade e significado) será a idéia que permitirá a irrupção do fático na teoria funcional da pena.<sup>92</sup>

Nesse momento, CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ centram a reação jakobsiana na qual busca responder ao fato de que o caráter formal da sua teoria seria incapaz de descrever a pena como um mal, ou seja, a sua incapacidade de descrever a justificativa da existência da dor na punição.<sup>93</sup> O autor, afirmam, propõe que a dor penal é determinada a partir da intensidade de afetação necessária sobre o autor para que não haja dano na “cimentação cognitiva da norma”, e será essa dor que declarará a violação normativa uma “*empreitada fracassada*” para a sociedade.<sup>94</sup>

Para fundamentar essa idéia, afirmam os autores, JAKOBS recorre à noção de “*dano intelectual do delito*”, defendendo que o dano à vigência normativa deve ser compreendido igualmente “em sentido real”: a expectativa normativa será, dessa forma, reforçada por certa base de vigência real e, nesse caso, haverá cimentação cognitiva da norma, a partir de uma base de acordo com a práxis “*fática da norma*”; esse

---

<sup>89</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 54.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>92</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>93</sup> Ibidem, pp. 56-57.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 57.

processo, afirmam os autores, subsume a inflicção do dano e será este dano que marcará a ação considerada como violação normativa como fracassada.<sup>95</sup>

Ressaltam ainda os autores como JAKOBS limita a dimensão da dor penal de acordo com o fato praticado, no sentido de compensação do dano intelectual em função de sua conduta, excluindo dois fatores: primeiramente, a existência de sanções em sede preventivo geral para melhorar a vigência da norma; e, em segundo lugar, deslegitima as sanções embasadas em prognósticos de conduta futura ao invés de fatos pretéritos.<sup>96</sup>

O segundo ponto destacado pelos autores na última fase da teoria da pena jakobsiana que concerne à irrupção do fático consiste nas proposições de JAKOBS acerca dos “infratores que se apartam permanentemente do cumprimento da norma”; e, para satisfazer essa questão, como ressaltam, JAKOBS recupera seu conceito de Direito Penal do inimigo de 1985.<sup>97</sup>

CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ destacam algumas descrições do autor sobre o discurso do Direito Penal do inimigo – suas três características: o amplo adiantamento da punibilidade, através da adoção de uma perspectiva prospectiva do ordenamento; a desproporcionalidade das penas previstas (sem haver amenização da pena diante da antecipação); e, por último, a relativização de garantias processuais.<sup>98</sup> Os autores igualmente destacam a definição genérica a qual “a essência do Direito penal do inimigo está na noção de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos” como desprovida de qualquer significação; ou seja, essa modalidade não representa uma forma meramente instrumental de lidar com “fontes de perigo especialmente significativas”.<sup>99</sup> E esta fase se destaca pela adoção deste discurso por JAKOBS, uma vez que considera uma reação jurídica inevitável contra os sujeitos que desrespeitam insistentemente a norma, sendo parcialmente despersonalizados pelo ordenamento jurídico como *inimigos*.<sup>100</sup>

---

<sup>95</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 57.

<sup>96</sup> Ibidem, pp. 57-58.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>98</sup> Ibidem, pp. 61-62.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 63.

Após uma breve crítica aos preceitos do Direito Penal do inimigo (que não incumbe ser esboçado nesse momento), os autores destacam as idéias desta concepção que influenciam a última fase da teoria da pena jakobsiana. Inserido em uma teoria da pena de prevenção geral positiva, a reação de combate a um inimigo mostra-se disfuncional, ou seja, “a taxativa separação entre fins e significados, entre função preventivo-inocuidadora e comunicação social, alcança seu ponto álgido que conduz a dar o passo da separação funcional dos âmbitos de regulação”; e, dessa forma, afirmam os autores que o Direito Penal do inimigo cumprirá uma função distinta do Direito Penal, uma vez que se tratam de âmbitos distintos.<sup>101</sup> Afirmam CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ que essa separação conduz a uma linha na qual se deixa a teoria da pena e se conduz a abertura para uma *teoria da guerra*, conectando esse raciocínio à dedução das idéias jakobsianas de que o Direito Penal do inimigo seria considerado por JAKOBS um Direito de exceção, sendo que a pena nesse âmbito de exceção acaba por ter uma função completamente oposta à finalidade genérica descrita no âmbito do Direito Penal.<sup>102</sup>

No Direito Penal do inimigo, destacam, a norma reconhece ou constrói a excepcionalidade do infrator e demoniza determinados grupos de autores, constituindo uma forma exacerbada de censura.<sup>103</sup> Em outras palavras, esta modalidade possui uma função latente de criar artificialmente critérios de identidade através de sua forma de exclusão; e esta função mostra-se expressamente incompatível com a prevenção geral positiva, sendo que os autores destacam as palavras de JAKOBS nas quais afirma que a pena não serve para combater inimigos ou estabelecer ordens, mas tão-somente para a manutenção da realidade social.<sup>104</sup>

### **1.2.2. Confirmação da realidade normativa: a necessidade de uma segurança da eficácia das normas**

Após o esboço da contribuição de CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ para oferecer uma visão geral da dinâmica da teoria jakobsiana ao decorrer de suas

---

<sup>101</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 78.

<sup>102</sup> Ibidem, pp. 78-79.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 80.

mudanças ao longo dos últimos anos, passa-se a uma forma direta (e diacrônica) de apresentação de seus desenvolvimentos para alcançar uma resposta última para a problemática concernente à justificação da punição.

### 1.2.2.1. O conceito de pena na teoria funcional-sistêmica

JAKOBS traz a hipótese, diante das tantas variações retributivas, preventivas ou mistas destacadas para teoria da pena até o presente momento, de que a *pena* perpassa a denominação deste elenco de elementos heterogêneos, sendo possível reconduzi-la a um conceito.<sup>105</sup> Este conceito, diante da insuficiência das justificativas a partir dos princípios da retribuição de culpabilidade e da prevenção, sejam utilizadas de modo isolado ou unificado, não estaria alinhado necessariamente aos postulados do *punitur ne peccetur e punitur quia peccatum est*.<sup>106</sup> Este descompromisso do autor em manter-se alinhado com as concepções tradicionais repete-se no que diz respeito ao fim da pena, pois questiona até que ponto é correto falar-se de um “fim da pena”, que, se utilizado, igualmente não está identificado de forma completa com os postulados supraditos<sup>107</sup>

Na concepção jakobsiana, o núcleo pensante do modelo prevencionista ou *ne peccetur* segundo o qual a pena pública previne futuros delitos consiste em uma ilusão entregue à sociedade: há prevenção para JAKOBS, contudo, esta não se refere a evitar a existência de futuras condutas constituídas como delitos, e sim evitar que essas condutas percam seu caráter delituoso no futuro normativo da sociedade.<sup>108</sup> O autor igualmente refuta a congruência de seu discurso com o postulado *quia peccatum est* quando afirma que a razão do processo de punição não pode ser somente a maldade do ato (*peccatum*), ressaltando que não é possível fundamentar-se adequadamente a

<sup>105</sup> JAKOBS, Günther. **Sobre la teoria de la pena**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998 (Cuadernos de Conferencias y Artículos; nº 16), p. 15; JAKOBS, Günther. Sobre a teoria da pena. In: JAKOBS, Günther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido**: dois estudos de Günther Jakobs. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003c (Estudos de Direito Penal ; 3), p. 8.

<sup>106</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 15; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 8.

<sup>107</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., pp. 15-16; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp.8-9.

<sup>108</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 16; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp.8-9.

pena pública prescindindo da questão acerca da manutenção de uma determinada configuração social.<sup>109</sup>

JAKOBS considera impossível determinar conteúdo e função para a pena ou compreender o seu sentido se se desconsidera a estabilidade do ordenamento no plano social em que se exerce punição.<sup>110</sup> Um Estado, ressalta, que precise proteger sua existência deve instituir uma punição de forma a garantir a eficácia normativa (ao menos em curto prazo), ao mesmo passo que um Estado que não necessite urgentemente assegurar sua existência pode tolerar a ineficácia (em curto prazo) de seu ordenamento de modo a alcançar a paz eterna (em longo prazo).<sup>111</sup>

A compreensão da pena, ressalta JAKOBS, depende da compreensão do sentido do ordenamento, exemplificando com as teorias conflituais sobre o processo punitivo como é o caso do entendimento da pena como instrumento de combate entre grupos sociais, assim como o meio pelo qual se repele pretensões de dominação; podendo ser até mesmo entendida como espada da autoridade ou a própria vontade do acordante do contrato social ou outras formas.<sup>112</sup> O importante para o autor é que, apesar de todas essas variáveis, existem características comuns que permitem a análise homogênea da punição, de forma independente do sentido a que se atribui o ordenamento.<sup>113</sup>

A pena, afirma, independentemente de qualquer elemento, será sempre uma “reação a uma violação normativa”, e, “através dessa reação, demonstra-se sempre que se deve respeitar a norma violada”, sendo que ela sempre ocorrerá “às expensas do responsável pela violação normativa” (“perda de quaisquer bens”).<sup>114</sup> Para JAKOBS, a punição é uma questão normativa, representando a “atribuição de um evento perturbador àquele que arca com aquelas expensas necessárias à supressão da perturbação”; e a designação da pena terá sua existência através da utilização de

---

<sup>109</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 16; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 9.

<sup>110</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 8; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 19.

<sup>111</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 8; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 19.

<sup>112</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 8; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 19.

<sup>113</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 8; JAKOBS, 2008b, op. cit., pp. 19-20.

<sup>114</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 8; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 20.

conceitos que podem variar conforme o contexto social, como, exemplifica JAKOBS, as noções de “*violação normativa*” e “*responsabilidade*”.<sup>115</sup>

JAKOBS faz uma comparação com a imagem usual traçada por HEGEL na qual define o injusto como um mal, assim como o dever de arcar com os seus custos, contudo, não restringindo a pena como a aplicação de um mal pura e simplesmente em função do mal que cometeu, sendo a caracterização da pena com essa seqüência de males uma descrição quanto a seu caráter superficial.<sup>116</sup> A pena na teoria jakobsiana, por outro lado, é definida a partir de uma caracterização positiva quando JAKOBS afirma que a pena é “a demonstração da eficácia da norma às expensas de um responsável”, admitindo que o resultado dessa demonstração é um mal, contudo, a função da pena não está satisfeita com essa demonstração da eficácia, mas somente quando a norma violada é estabilizada a partir desse mal, ou seja, com um bem.<sup>117</sup>

#### **1.2.2.2. O conceito de violação normativa e o significado da conduta infratora**

Conforme já exposto (supra, 1.1.2.), JAKOBS teoriza a respeito das expectativas normativas e cognitivas e a reação diante da frustração de uma expectativa normativa. Nesse ponto, o autor destaca que – assim como para que seja viável para o homem possuir uma boa relação com a natureza é mister que seja possível haver um padrão regular nos contatos sociais –, para que seja possível que o indivíduo se oriente socialmente, deve-se retirar desse plano a imprevisibilidade dos comportamentos das pessoas; caso contrário, ressalta JAKOBS, haveria um risco incalculável em todo e qualquer contato social.<sup>118</sup>

Se uma expectativa é frustrada, ressalta, surgirá para o indivíduo um conflito que vindica uma reação, uma vez que o evento ao qual esperava não se realizou, ou seja, “os modelos de orientação do frustrado devem ser revistos” (isto serve para o convívio com a natureza e com contatos sociais).<sup>119</sup> No caso dos contatos sociais, diferentemente do convívio com a natureza, tal frustração concerne à expectativa

<sup>115</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 8; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 20.

<sup>116</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 9; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 21.

<sup>117</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 9; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 21.

<sup>118</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 9; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 21.

<sup>119</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., pp. 9-10; JAKOBS, 2008b, op. cit., pp. 21 e ss.

resultante da exigência feita à outra pessoa no sentido de que “respeite as normas vigentes”, ainda que seja uma contradição à análise cognitiva do evento.<sup>120</sup> Destarte, afirma que, diante de uma frustração, a expectativa normativa não deve ser abandonada, ao contrário, deve ser sustentada contrafaticamente e deve-se definir a violação causadora da frustração como falta normativa.<sup>121</sup>

Essa falta normativa será imputada ao seu autor, e JAKOBS descreve o cenário desta imputação, ou seja, quando um agente manifeste determinada conduta, possuindo capacidade para reconhecer as “características de seu comportamento”, ou melhor, que seja capaz de ponderar a conformidade de seu comportamento com a dimensão normativa da realidade social.<sup>122</sup> Essa imputação, afirma, se dará em razão da *responsabilidade* deste agente, sendo que sua responsabilidade estará ancorada em uma motivação de evitabilidade da violação normativa por parte deste, ou seja, “se o agente estivesse predominantemente motivado a evitar um comportamento com os elementos relevantes, ter-se-ia comportado de outra forma”.<sup>123</sup> A partir do comportamento praticado pelo violador da norma JAKOBS determina que se pode efetuar um juízo acerca da sua motivação, ou seja, “o agente não estava predominantemente motivado no momento para evitar o comportamento”.<sup>124</sup>

E é exatamente a essa contradição normativa através de um comportamento que JAKOBS denomina “*violação normativa*”.<sup>125</sup> Em outras palavras, afirma que uma violação normativa seria uma desautorização da norma.<sup>126</sup> E essa desautorização normativa, afirma, provocaria um *conflito social* uma vez que a *norma* estaria sendo

<sup>120</sup> Jakobs exemplifica: “*mesmo aquele que vê o condutor ingerindo álcool não renuncia à exigência de uma viagem segura*”. JAKOBS, 1997, op. cit., pp. 9-10; JAKOBS, 2008b, op. cit., pp. 21-23.

<sup>121</sup> Quando o delinqüente é preso para demonstrar-se que seu comportamento é incorreto, exemplifica Jakobs, define-se a falta normativa não na imagem da expectativa frustrada, mas na violação normativa do infrator. JAKOBS, 1997, op. cit., p. 10; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 23.

<sup>122</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 25.

<sup>123</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 25.

<sup>124</sup> À lembrança que sua teoria igualmente se denomina *evitabilidade individual*. Jakobs exemplifica: “*Uma pessoa que, sabendo-se embriagada, conduz um veículo no trânsito, desconsiderando as conseqüências prejudiciais – discerníveis também para ela – para a vida de outros participantes do trânsito, por exemplo, expressa, com seu comportamento, que, na situação em que se encontra, considera outros fatores importantes que não o cuidado predominante com a vida de outros participantes do trânsito. Essa afirmação, imputada ao agente como sendo sua opinião, é o contrário do que se assevera nas normas dos arts. 316 e 222 do Código Penal*”. JAKOBS, 1997, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 25.

<sup>125</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 26.

<sup>126</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 26.

“questionada enquanto modelo de orientação social”.<sup>127</sup> A exata determinação da existência de uma *contradição normativa* no caso concreto estaria inserida na *teoria da imputação*, passando pelos juízos efetuados no plano da tipicidade e antijuridicidade.<sup>128</sup>

JAKOBS salienta ainda que não são as conseqüências externas provocadas pela violação normativa que a tornam um conflito penalmente relevante, e associa a isto a sua visão de que o Direito Penal é incapaz de resolver tais conseqüências externas; ou seja, afirma que a pena não repara danos (com a observação de que muitas das violações perfectibilizam-se independentemente de dano externo, exemplificando com a tentativa e a preparação).<sup>129</sup> E, nesse ponto, opera a sua visão da natureza comunicativa do sistema social. JAKOBS ressalta que um comportamento humano não se resume a “um fenômeno que produz efeitos externos”, e isso ocorre porque o ser humano possui capacidade de compreensão acerca da “amplitude dos efeitos de seu ato” e, dessa forma, o ato igualmente adquire um significado, “ele também *significa* algo” (fazendo uma analogia com o exemplo de uma frase pronunciada, que igualmente possui um significado).<sup>130</sup>

De outra forma, JAKOBS descreve a violação normativa como uma ação que reside em um “*mundo equivocado*”, uma vez que representa uma negação do comumente estabelecido.<sup>131</sup> Para sintetizá-lo em uma frase, o autor representa o significado do ato delitivo em uma frase: “*Não esta sociedade!*”; contudo, afirma o autor, este significado não deve ser ligado ao seu autor a partir de seu ponto de vista subjetivo, ou seja, JAKOBS não está referindo que o autor necessariamente busca expressar tal significação, ao contrário, tal significado independe do ânimo individual, devendo ser compreendido simbolicamente em um contexto social.<sup>132</sup>

A infração normativa, portanto, operaria em um nível formal causando uma ruptura do contexto social, no sentido de que os limites da sociedade são traçados de novo, perturbando a orientação e colocando em dúvida o caráter de realidade

<sup>127</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 26.

<sup>128</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 26.

<sup>129</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 12; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 25.

<sup>130</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., pp. 12-13; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 25.

<sup>131</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 21; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 14.

<sup>132</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 21; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 14.

sedimentada da sociedade.<sup>133</sup> Para analisar a forma como JAKOBS relaciona a violação normativa com o sistema social e sua repercussão para os partícipes do contexto comunicativo, importante é a aproximação que JAKOBS efetua à obra de FICHTE.

Na tentativa de oferecer bases sólidas para os preceitos de sua teoria funcional-sistêmica, JAKOBS utiliza-se constantemente de diversos autores, principalmente de expoentes do Iluminismo. Uma das concepções utilizadas como parâmetro é a de FICHTE. JAKOBS serve-se da construção teórica encimada em argumentações contratualistas de FICHTE para precisar de que forma compreende a relação *violação normativa e resposta a essa violação*.<sup>134</sup>

Diante de uma violação normativa, JAKOBS trabalha com a hipótese da privação do reconhecimento da personalidade do infrator da norma como forma de reagir aquela, uma vez que este não alcança a sociedade.<sup>135</sup> A conclusão dentro da teoria sistêmica seria de que ao não agir conforme as expectativas normativas que se destinam a si como pessoa acaba se definindo como algo diverso da mesma, como o indivíduo.<sup>136</sup> O autor destaca que se “o pressuposto de tal solução que o infrator da norma pudesse dispor de sua personalidade, que ao menos pudesse perdê-la por sua culpa”.<sup>137</sup> Na concepção de FICHTE (assim como em KANT), ocorre algo semelhante, aponta JAKOBS, já que para estes dois autores, ao delinquir, o indivíduo perde seu status de cidadão, ou ainda, sua personalidade jurídica.<sup>138</sup> Em verdade, associa a hipótese da perda da personalidade às concepções contratualistas nas quais a identidade dos contratantes não é modificada pelo contrato (excetuando o contrato social de ROSSEAU que o considera materialmente contrato criador de instituições).<sup>139</sup>

Destaca o argumento de FICHTE de que aquele que abandona o contrato atuando em discrepância com a prudência exigida pelo mesmo, voluntariamente ou não, perde (em sentido estrito) todos os seus direitos como cidadão e como ser

<sup>133</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 11.

<sup>134</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 11; JAKOBS, 2008a, op. cit., p. 41.

<sup>135</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 11; JAKOBS, 2008a, op. cit., p. 41.

<sup>136</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 11

<sup>137</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 11

<sup>138</sup> Jakobs associa o rigor dessa teoria à dureza da práxis penal dos séculos XVII e XVIII. JAKOBS, 2008a, op. cit., p. 41.

<sup>139</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp. 11-12.

humano, passando a um “estado de ausência completa de direitos”.<sup>140</sup> FICHTE definiria-o nesse ponto como “*coisa*”, ou ainda, como “*cabeça de gado*”.<sup>141</sup> Nesse caso opera um “*contrato de penitência*” como forma de atenuação, mas isso não se aplica no caso de homicídios dolosos, aos quais é mantida a privação de direitos e em virtude da ausência de personalidade o que se aplica não consiste em pena, mas em medidas de segurança.<sup>142</sup>

Conforme afirma JAKOBS, na concepção fichtiana, no momento da violação normativa ocorre a destruição do contrato social, pois a existência de direitos para os indivíduos está condicionada a seu comportamento – nas palavras fichtianas que JAKOBS destaca – na condição de que “se enquadrem numa comunidade de seres racionais”.<sup>143</sup> Ressalta as afirmações de FICHTE de que decai a condição de capacidade jurídica do infrator da norma, ou seja, decai seu enquadramento em uma sociedade de seres racionais e o que foi condicionado, a sua capacidade jurídica. Dessa forma, o infrator deixa de ter direitos.<sup>144</sup>

JAKOBS elabora duas críticas à construção fichtiana. Em primeiro lugar, questiona a inexistência de proporcionalidade da pena a partir destes preceitos: este é o resultado quando se exclui a pessoa, afirmando que a mesma se converteu em gado (ou mais precisamente nas palavras de FICHTE, como afirma, “converteu-se a si mesma em gado”), ou seja, se adota sempre a mesma consequência para toda e qualquer violação normativa, impossibilitando a adequação da “*medida da consequência*” à “*medida da perturbação*”.<sup>145</sup> E destaca que, ainda que diante de casos de imprudência (exigida pelo contrato social) do infrator, ocorrerá a mesma consequência de exclusão.<sup>146</sup> Dessa forma, ressalta JAKOBS, ainda que haja uma tentativa por parte do autor de graduar as consequências através da construção de um

<sup>140</sup> JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel, JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução da obra Derecho penal del enemigo. Organização e tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26.

<sup>141</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 11; JAKOBS, 2008a, op. cit., p. 41; JAKOBS, 2005, op. cit., p. 26. Assim, não poderia ser apenado, mas seria algo do qual deveríamos nos assegurar. JAKOBS, 2008a, op. cit., p. 41.

<sup>142</sup> JAKOBS, 2005, op. cit., p. 26.

<sup>143</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 19; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 12.

<sup>144</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 19; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 12.

<sup>145</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 19; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 12.

<sup>146</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 19; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 12.

“*contrato de expiação*” (no qual o infrator consegue escapar da exclusão, sendo reconciliado com a sociedade), essa graduação não sanaria os problemas, uma vez que “não aporta proporcionalidade com respeito à medida de desorientação social”.<sup>147</sup> E aponta que isso ocorre porque o objetivo desse contrato não seria a “*realidade normativa*”, mas “*segurança de bens*”, sendo que se efetua tal contrato de expiação não porque se quer preservar a personalidade do infrator, mas por um cálculo utilitarista de FICHTE, no qual se pesa a utilidade do indivíduo e a lesividade que proporcionou para a sociedade.<sup>148</sup>

Em segundo lugar, JAKOBS aponta outro erro no sentido de que “se o delinqüente expulsa a si mesmo da sociedade, os limites desta dependem da conduta do infrator da norma”, e, dessa forma, afirma, não haveria que se observar exatamente uma forma específica de conflito social, e, assim, não haveria que se considerar reciprocamente uma reação no plano normativo.<sup>149</sup> Afirma, na mesma linha, que FICHTE ao considerar essa aproximação, ao invés de eliminar a ambigüidade deixada pelas violações normativas através da estabilização da sociedade (sua via), o faz através da redução da sociedade.<sup>150</sup> A este apontamento, JAKOBS assevera que se FICHTE não considera que a realidade normativa de uma sociedade consista em uma soma de configurações individuais, mas um plano independente, uma grandeza de dinâmica própria, o limite da sociedade não pode ser delineado por meio de uma conduta individual, assim como uma construção para condicionar o infrator à membro da sociedade novamente, ou seja, o contrato de expiação tampouco resolverá o problema.<sup>151</sup>

A partir dessa análise, conclui JAKOBS que o infrator da norma “deve continuar sendo uma pessoa”.<sup>152</sup> Diferentemente do sistema fichtiano, afirma, a conduta materialmente natural do infrator não será jamais objeto de discussão enquanto tal; e isto se dá porque JAKOBS defende que uma pessoa em Direito nunca irá se comportar de modo natural (dentro do esquema norma versus natureza), mas apenas

<sup>147</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 19; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 12.

<sup>148</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., pp. 19-20; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp. 12-13.

<sup>149</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 20; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 13.

<sup>150</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 20; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 13.

<sup>151</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 20; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 13.

<sup>152</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 20; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 13.

normativamente (de acordo e determinada pela norma).<sup>153</sup> Portanto, para que se possa compreender o ato infrator como uma conduta de uma pessoa em Direito essa conduta não será considerada como parte do mundo da sociedade real, mas como algo encontrado no mundo equivocado, ou seja, a violação normativa “mostra o oposto à sociedade real e somente se acha vinculado a esta pelo fato de que o agente é reclamado pela sociedade como pessoa”.<sup>154</sup> E, para JAKOBS, é por causa deste motivo que é mantida a personalidade do infrator e sua ação permanece tendo sentido, mas isso (ambas) tão-somente no plano formal.<sup>155</sup> E finaliza afirmando que por isso também (a carência de personalidade material do infrator) fundamenta-se a possibilidade da existência da legítima defesa contra o infrator, sendo que a existência da personalidade formal é demonstrada pela existência dos limites da legítima defesa.<sup>156</sup>

### **1.2.2.3. A imagem funcional da pena estatal: significado e finalidade**

Se na concepção fichtiana, conforme JAKOBS, a sociedade expulsa o infrator da norma de modo a unir o conjunto restante de indivíduos considerados pessoas no sentido formal e material, mantendo a homogeneidade social, o funcionalismo sistêmico descreve uma sociedade que insiste na permanência da personalidade, ainda que em um nível meramente formal, do infrator.<sup>157</sup> A sociedade jakobsiana é heterogênea, pois para se manter real e não despir o indivíduo de sua personalidade deve interpretar a violação normativa, portanto, como uma afirmação que deve ser levada a sério, ou seja, deve ser relevante no plano da comunicação.<sup>158</sup>

Para que seja possível a manutenção dessa heterogeneidade faz-se mister a produção de algo coligado ao ato infrator pretérito, ou seja, da mesma forma que a conduta pessoal que viola a norma não se esgota em uma mera conduta física, não se trata de mera exteriorização, na seqüência igualmente se produzirá algo que não se resume ao exclusivamente externo, mas sim, comporta uma expressão portadora de

<sup>153</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., pp. 20-21; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp. 13-14.

<sup>154</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 21; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 14.

<sup>155</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 21; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 14.

<sup>156</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 21; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 14.

<sup>157</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 21; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 14.

<sup>158</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., pp. 21-22; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp. 14-15.

um significado, e este significado opera no plano da comunicação acerca das normas.<sup>159</sup> Se o indivíduo permanece pessoa (ainda que em sentido formal), há relevância comunicativa em sua conduta: a violação da norma veicula um sentido de comportamento normal no contexto social.<sup>160</sup>

Diante de tal comportamento carregado de significado, não há como reagir a partir de uma resposta meramente física ou externa: a pena surge como forma de privação dos meios de integração social do infrator, isto é, é a retirada de sua capacidade de comportar-se no plano físico<sup>161</sup>. Essa privação está muito distante de negar a sua personalidade, pelo contrário, afirma JAKOBS, se produz pena justamente porque se quer manter sua personalidade, porém o mesmo não serve para o conteúdo da sua conduta infratora; qualquer articulação social unida à conduta será excluída com essa privação da possibilidade de conduta.<sup>162</sup> Essa privação, ressalta o autor, igualmente não se produz para marginalizar o infrator, uma vez que não é a sua personalidade que será convertida em irreal no plano da comunicação, e sim o significado de sua conduta violadora da norma que, como JAKOBS assevera, ao invés de fundamentar a instituição do comum, dissolve-a, de tal forma que não pode ser determinante para o futuro da realidade normativa da sociedade.<sup>163</sup>

Dessa forma, compreendida a pena como reação ao conflito criado pela violação normativa, julgada como algo mais que um evento simplesmente externo (como, observa, é o caso da própria violação normativa), evitando assim a perspectiva da seqüência de dois males tão-somente, o seu significado é de que “a relevância do comportamento violador da norma não é determinante e que a norma sempre é

---

<sup>159</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 22; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 15.

<sup>160</sup> Jakobs oferece um exemplo: “*uma pessoa une-se com outra para empreender a realização de uma tarefa comum. Desse modo, declara que respeitará as condições normativas que são necessárias para realizar tal tarefa – consideração da vida e saúde do outro etc., – e isso não em uma compreensão psicologizante, porém como interpretação objetiva de sua conduta numa sociedade real. A outra pessoa intervém também na tarefa e anula com isso sua conduta anterior também no plano do significado. Se o infrator da norma do tipo que acaba de ser esboçado é tratado como uma pessoa normal, o significado de sua conduta se define como um significado normal; a norma é violada. Se se pretende evitar essa erosão, há de anular-se uma conduta de tal modo que fique clara a impossibilidade de chegar ao comum por meio da violação da norma*”. JAKOBS, 1998, op. cit., p. 22; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 15.

<sup>161</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 22; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 16.

<sup>162</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 22; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 16.

<sup>163</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 23; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 16.

determinante”, coadunando com o próprio conceito da pena de “oposição à violação normativa” executada às custas do próprio violador.<sup>164</sup>

O autor descreve o delito como produto do subdesenvolvimento da personalidade do autor, sua personalidade permanece uma realidade exclusivamente formal; contudo, essa personalidade exclusivamente formal igualmente deixará de existir se a ação delitativa se convertesse em parte da realidade social.<sup>165</sup> Essa exclusão se dá pelo conteúdo conferido à pessoa em Direito por JAKOBS, no qual tal conceito não possui força própria, não existe em si mesmo, existe somente por instituição da sociedade – obviamente, observa JAKOBS – enquanto a própria sociedade permaneça real.<sup>166</sup> Dessa forma, ressalta, é possível afirmar que o infrator, no momento do ato delitivo, causa uma lesão às demais pessoas e a si mesmo enquanto pessoa; por isso, a pena não há que se dirigir especificamente a ele ou a generalidade, mas a todos os participantes da comunicação.<sup>167</sup> Deste advento pode resultar dois caminhos: o infrator pode compreender sua personalidade, concebendo a si mesmo como sujeito de deveres e direitos, compreendendo assim a necessidade e o significado da sanção; ou manter-se na perspectiva de sua pura individualidade, compreendendo a sanção como pura manifestação física de violência.<sup>168</sup>

Nesse momento, JAKOBS passa a refletir acerca do motivo da necessidade da violência como forma de refutar sua conduta como referência para a configuração da realidade social.<sup>169</sup>

O infrator, no momento da ruptura normativa, altera a realidade de duas formas concomitantes: seu ato, por um lado, significa algo, ao mesmo tempo em que, por outro lado, configura algo; quando um indivíduo cometeu um homicídio, conjuntamente à afirmação de que não se deve respeitar a vida alheia, destruiu a vida alheia, isto é, sua atuação perpassa o plano simbólico, atingindo e configurando o mundo externo das pessoas (e alcançando uma influência muito maior do que a possível pretensão de seu

<sup>164</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 26.

<sup>165</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 23; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 16.

<sup>166</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., pp. 23-24; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp. 16-17.

<sup>167</sup> Jakobs cita Hegel: “a lesão” foi “sofrida [...] pela vontade existente em si”, e concretamente “tanto por esta vontade de quem lesiona (!), como do lesionado e de todos”. JAKOBS, 1998, op. cit., pp. 23-24; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp. 16-17.

<sup>168</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 24; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 17.

<sup>169</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 24; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 17.

autor).<sup>170</sup> E, da mesma forma que o ato configura este mundo externo, a reação ao ato do infrator igualmente deve almejar a configuração definitiva, de modo que torne efetivamente impossível que haja imitações do ato infrator, o que converteria tal comportamento como permanente no mundo externo.<sup>171</sup> JAKOBS afasta sua concepção explicitamente quando afirma que este esboço não possui nenhum ponto em comum com a intimidação ou educação, seja do infrator da norma, seja dos demais partícipes da sociedade, afirmando que consiste apenas em um confronto/choque de realidades: a realidade da norma (uma situação materialmente pessoal) se contrapõe à realidade da pessoa meramente formal (a violação da norma).<sup>172</sup> E a medida da pena é regida pela medida objetivada de negociação da personalidade, descartando o que seria necessário em nome da intimidação, educação ou asseguração.<sup>173</sup>

Dentro de sua base teórica, JAKOBS ressalta, o discurso dos fins da pena mostra-se pouco exato, uma vez que a sanção não possui um fim nesta concepção, mas constitui em si mesma a obtenção de um fim: “a constatação da realidade da sociedade como realidade determinante sem trocas indivíduo–sociedade” (subsistema–sistema); e, dessa forma, o processo de punição deve estar desprovido de qualquer adição que guarde relações com a realidade subjetiva dos indivíduos (infrator ou espectadores).<sup>174</sup> JAKOBS adverte ainda para as confusões entre os “efeitos da sanção” no plano do esquema satisfação-insatisfação e os “significados da sanção” acerca do esquema dever-espaco de liberdade, tendo em vista o seu conceito como limitação dos meios materiais do infrator, unindo-se a esta advertência a crítica quanto à superficialidade da visão da autoconstatação da sociedade sobre o que é real, surgindo como direção individual afortunada ou desafortunada.<sup>175</sup> As pessoas, JAKOBS afirma, não são dirigidas pela sociedade, mas constituídas pela mesma, e no momento em que a pessoa detém-se em sua modalidade formal, a norma (aquela que foi tornada real) é confirmada mediante a privação dos meios que o infrator utiliza para infringir, ou seja, que a única coisa materialmente viável é a configuração que está de acordo com a

<sup>170</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., pp. 24-25; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp. 17-18.

<sup>171</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 25; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 18.

<sup>172</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 25; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 18.

<sup>173</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 25; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp. 18-19.

<sup>174</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 26; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 19.

<sup>175</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 26; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 19.

norma; mantida esta configuração, não seria necessário qualquer outro efeito para que a sociedade se mantenha real.<sup>176</sup>

Partindo do pressuposto de que tais teorias se caracterizam pela seqüência categórica da pena após a violação normativa, JAKOBS refuta a caracterização de sua teoria da pena como pertencente ao campo das teorias absolutas da pena, utilizando-se de KANT para buscar a prova da existência de uma finalidade mesmo em uma concepção absoluta.<sup>177</sup> A teoria absoluta da pena kantiana corretamente interpretada para JAKOBS se daria no sentido de que o objetivo não é a otimização do bem-estar dos indivíduos, mas (e exclusivamente) da própria realidade social; o que não significaria que na execução do “imperativo categórico” não se possa destacar um fim, que seria a realidade social.<sup>178</sup> Ressalta o autor que a incolumidade dessa realidade (quando o ato infrator não apresenta riscos de que outras condutas sigam seu exemplo quanto ao conteúdo material de desrespeito a norma quebrada) a sanção se torna desnecessária, pois somente há o ato infrator, não havendo perturbação da vigência da norma além do que decorreu materialmente com o ato.<sup>179</sup>

JAKOBS credita os resultados de sua teoria da pena aos elementos principais da teoria da pena hegeliana, fazendo comparações entre as terminologias<sup>180</sup>. Se nesta obra, JAKOBS relembra que o autor retributivista afirma que a “lesão do Direito enquanto Direito” seria “nula em si mesma”, na sua própria obra afirma que a lesão da norma não é determinante para a sociedade real; e enquanto na obra hegeliana é afirmado que a nulidade se mostra na destruição da infração do Direito, em sua teoria se afirma que o caráter não determinante pode observar-se na exclusão do comum com o infrator da norma.<sup>181</sup>

Interligando este tópico com o anterior, pode-se destacar a forma como JAKOBS localiza ambas, *violação normativa* e *pena*, no plano do significado, perpassando o plano exterior das conseqüências e com isso, defende a exclusão de qualquer

<sup>176</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 26; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 19.

<sup>177</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 26; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 19.

<sup>178</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., pp. 26-27; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp. 19-20.

<sup>179</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 27; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 20.

<sup>180</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., p. 27; JAKOBS, 2003c, op. cit., p. 20.

<sup>181</sup> JAKOBS, 1998, op. cit., pp. 27-28; JAKOBS, 2003c, op. cit., pp. 20-21.

consideração à evitação de lesões de bens jurídicos como função da pena.<sup>182</sup> Novamente, a função é em verdade “a *confirmação da eficácia da norma*” (sendo eficácia equivalente a reconhecimento), sendo que este reconhecimento pode ocorrer na consciência e o autor defende que nesse caso a expectativa corresponde à confirmação da violação normativa do infrator como razão do conflito (não a confiança normativa da vítima).<sup>183</sup> JAKOBS resume sua teoria da pena: “a função da pena é a preservação da norma enquanto modelo de orientação para contatos sociais. O conteúdo da norma é uma oposição à custa do infrator contra a desautorização da norma”.<sup>184</sup>

JAKOBS desenvolve esta criação no âmbito das teorias da pena e a nomeia de forma ampla como “*prevenção geral por meio do exercício do reconhecimento normativo*”, sendo que esta finalidade em verdade constitui-se em três finalidades. Sua descrição principia com a idéia de que a pena não é oposta em seu próprio interesse, porque não é possível renunciar-se às orientações garantidas na vida social, sendo que a sua função repercute exatamente no nível em que ocorre a interação social e, aqui, não se restringe a significar algo, mas cumpre algo concreto: “a pena deve proteger as condições dessa interação e possui, portanto, uma função preventiva”.<sup>185</sup> E essa proteção das interações sociais, afirma, se dará através da validação da confiança na norma; ao passo que essa validação não busca a extinção das violações normativas, pertencente à concepção intimidativa diante de potenciais delinquentes ou algum prognóstico acerca do comportamento futuro do próprio infrator.<sup>186</sup> Na descrição de JAKOBS, os destinatários da pena são todas as pessoas, uma vez que “ninguém pode prescindir das interações sociais, todos precisam saber o que podem esperar de tais intenções”; nesse sentido, defende JAKOBS, aplica-se a pena para “*exercitar a confiança normativa*”.<sup>187</sup> Contudo, não se esgota nesse aspecto, a pena igualmente faz pesar conseqüências negativas sobre o comportamento que viola a norma, transformando-o em uma alternativa incabível de comportamento; e dessa forma,

<sup>182</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 13; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 26.

<sup>183</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., pp. 13-14; JAKOBS, 2008b, op. cit., pp. 26-27.

<sup>184</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 14; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 27.

<sup>185</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2008b, op. cit., pp. 31-32.

<sup>186</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 32.

<sup>187</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 32.

aplica-se a pena para “*exercitar a fidelidade jurídica*”.<sup>188</sup> Por fim, nesse processo, há ao menos uma forma de ensinamento, na qual todos aprendem “a conexão entre comportamento e obrigação de arcar com os custos, ainda que a norma seja transgredida não obstante o que foi aprendido”; destarte, aplica-se a pena para “*exercitar a aceitação das conseqüências*”.<sup>189</sup>

A união desses três efeitos representa, segundo JAKOBS, uma finalidade maior que denomina “*exercício do reconhecimento normativo*”, sendo que como esse conceito dirige-se sobre todos, alcunha-o “*prevenção geral por meio do exercício do reconhecimento normativo*” ou ainda “*prevenção positiva*” ou “*prevenção geral*” ou tão-somente “*prevenção não apenas intimidativa*”.<sup>190</sup> Obviamente, JAKOBS ainda destaca em segundo patamar a possibilidade de que a pena impressione negativamente tanto o indivíduo punido como a terceiros de tal forma que “eles se abstenham de praticar crimes no futuro”.<sup>191</sup> Contudo, esses efeitos “não estariam ligados ao reconhecimento da norma”, e sim ao temor, ao qual constituem-se como “efeitos complementares da pena que podem ser desejados, mas não é função da pena provocá-los”; entretanto, JAKOBS destaca a imprescindibilidade de um respaldo cognitivo mínimo para que haja a estabilização da eficácia da norma.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 32.

<sup>189</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 32.

<sup>190</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 18; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 32.

<sup>191</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 19; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 33.

<sup>192</sup> JAKOBS, 1997, op. cit., p. 19; JAKOBS, 2008b, op. cit., p. 34.

## CAPÍTULO 2

### PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E A CRÍTICA HASSEMERIANA COMO RESGATE DA CULTURA JURÍDICA DO IDEALISMO ALEMÃO

*Na minha opinião, a questão fundamental é quanta violência, assim como quantas infrações aos direitos fundamentais podem ser absorvidas pela lei, e onde esta linha tênue é localizada além do que consideramos uma ameaça insolúvel pelos meios legais. Nesse nível, o Direito Penal do cidadão se torna lei usada para punir o inimigo, e a lei, como tal, se torna guerra.<sup>193</sup>*

Winfried Hassemer

#### 2.1. O horizonte de um Direito Penal Libertário

Não há como conceber a construção do discurso de HASSEMER senão como uma crítica à dinâmica contemporânea dos sistemas jurídico-penais e suas conseqüências à realidade dos protagonistas dos conflitos sociais e, outrossim, dos profissionais e acadêmicos do ramo jurídico. Seu foco literário concentra-se principalmente no aprendizado dos estudantes de Direito, que se mostra evidente, por exemplo, em sua obra *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts* (traduzida para o espanhol como *Fundamentos del Derecho Penal* e para nossa língua vernácula como *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*)<sup>194</sup>. Outrossim, concentra-se nos seus estudos sobre hermenêutica jurídica e a vinculação do juiz à lei; assim como no que o autor refere como “tendências desformalizadoras” do que intitula “Direito Penal clássico”.

O autor alemão situa seu posicionamento discursivo na teoria do conhecimento do idealismo alemão e na filosofia política do Iluminismo, juntamente com nomes como ENGISCH, FEUERBACH, RADBRUCH e seu discípulo KAUFMANN, que, a sua vez, foi mestre do próprio HASSEMER.

---

<sup>193</sup> HASSEMER, Winfried. The state is no longer the leviathan. *German Law Journal*, v. 05, n. 05, pp. 603-607, 2004. Interview with Reinhard Müller, p. 604.

<sup>194</sup> Essas duas obras serão utilizadas ao longo do estudo.

### 2.1.1. O retrato do Direito Penal da República Federal da Alemanha

A imagem apriorística da crítica hassemeriana consiste na reprodução da dinâmica da dogmática jurídico-penal que se instaurou paulatinamente após as contribuições de FEUERBACH, BIRNBAUM e VON LISZT, que fixaram o formato do que o autor denomina *Direito Penal clássico*; isto é, HASSEMER identifica as tendências que redefiniriam esta face das ciências criminais no século XX: uma transformação da teoria e da prática do Direito Penal, na qual, como refere o autor, centra-se na transformação do “Direito Penal submetido a uma formalização e vinculado a princípios valorativos” para o “Direito Penal *tecnológico-social*”, que se torna um instrumento político (HASSEMER destaca os setores econômico-financeiro, ambiental, assim como da saúde pública e da segurança estatal).<sup>195</sup> Esta deformação, afirma HASSEMER, não se limita ao momento de criminalização de condutas, passando pelo Direito Penal em sua vertente *material e processual e executória*, assim como as “*teorias dominantes do Direito Penal*” e as “*teorias modernas da pena*”.<sup>196</sup>

O autor faz breves referências a estas cinco esferas: na esfera do *Direito Penal material*, o autor destaca o clamor de celeridade e urgência na resolução dos problemas midiaticamente difundidos e, por isso mesmo, mais sentidos pela opinião pública, exemplificando com a criminalidade econômico-financeira, ecológica, informática, terrorista, narcotraficante e pornográfica, dentre outras.<sup>197</sup> Além disso, no que diz respeito a bens jurídicos, ressalta a preferência da proteção de bens jurídicos *universais*, comumente denominados *coletivos* (ao qual o autor exemplifica com assuntos como saúde pública e meio ambiente) ao invés dos tradicionais bens jurídicos individuais.<sup>198</sup> HASSEMER igualmente cita a expansão dos crimes de perigo abstrato, descritos como criminalizações que prescindem de pressupostos da pena (como, *p.ex.*, o *resultado* ou a *causalidade*), possibilitando a punição estatal a partir da realização de

<sup>195</sup> HASSEMER, Winfried. Derecho penal y filosofía del derecho. In: HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999a, p. 30.

<sup>196</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., p. 30.

<sup>197</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., p. 30; HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, v.8, n.29, abr./jun. 2008b, p. 10.

<sup>198</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., pp. 30-31; HASSEMER, 2008b, op. cit., pp. 10-11.

uma determinada conduta perigosa, a qual o autor exemplifica com a “*fraude na obtenção de subvenção*”; e presente nesta transformação também está a eliminação de graus da imputação jurídico-penal (*p.ex.*, da tentativa à consumação e da cumplicidade à autoria), assim como também ressalta o aumento da gravidade das punições devido a finalidades preventivas-gerais intimidatórias.<sup>199</sup>

O autor dedica-se especificamente ao tratamento penal no combate ao crime organizado, assomando uma série de características: o inconstante aumento dos marcos penais; a criminalização em âmbitos anteriores à comissão de fatos penais; novos tipos penais; a limitação da presunção de inocência, do princípio da proporcionalidade e dos direitos fundamentais, como, *p.ex.*, o direito à autodeterminação informativa, do domicílio, do segredo das comunicações e da propriedade, entre outros.<sup>200</sup>

Na esfera processual penal, HASSEMER se refere às reformas caracterizadas pela redução, barateamento e desformalização do processo judicial, assim como a eliminação de todos os obstáculos para alcançar tais mudanças, surgindo reformas que favorecem os interesses da vítima às custas das garantias do imputado e da própria entidade estatal como detentor do *ius puniendi*.<sup>201</sup> Para alcançar a efetividade e a economia do processo, o princípio de funcionalidade da administração da justiça penal igualmente sofre desformalização.<sup>202</sup> O autor ataca diretamente a *OrgKG, Lei contra o tráfico e criminalidade organizada*, a qual a partir de 1992 alterou radicalmente o espectro processual penal alemão.<sup>203</sup>

Tal clima, no campo da política criminal, nas palavras de HASSEMER, “favorece um Direito Penal como instrumento efetivo na assimilação dos modernos problemas,

<sup>199</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., pp. 30-31; HASSEMER, 2008b, op. cit., pp. 10-11.

<sup>200</sup> O autor cita várias alterações efetuadas pela lei: “*reforço da proteção das testemunhas através de medidas preventivas e redução dos deveres de informação; investigação padronizada [...]; cotejo automatizado de dados; ampliação das autorizações para interceptações telefônicas, assim como do catálogo dos fatos puníveis que podem dar lugar a seu emprego; utilização de meios técnicos de escuta, gravação, observação, fotografia e filmagem; uso de agentes infiltrados; vigilância policial a longo prazo, sobretudo para conseguir ‘quadros de movimentos’ de pessoas*”. HASSEMER, Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, Revista dos Tribunais; IBCCRIM v.6, n.23, jul./set. 1998, pp. 25-26.

<sup>201</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., p. 31; HASSEMER, 2008b, op. cit., p. 11.

<sup>202</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., p. 31..

<sup>203</sup> HASSEMER, Winfried. Proceso penal sin protección de datos. In: ROMEU CASABONA, Carlos Maria (dir.) **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 111.

desde a destruição do meio ambiente e o abuso do sistema social até à dependência de drogas”; e, diante de tamanhos problemas sociais, ressalta, o discurso político passa a apresentar o Direito Penal não como *ultima*, mas como *prima*, senão *sola ratio*.<sup>204</sup> Ainda, segundo o autor, a desformalização alcança a posição do interno na Execução Penal, na qual as reformas recentes no âmbito do Direito Penitenciário obedecem à mesma tendência sociotecnológica; outrossim, a práxis penitenciária regride em todas as etapas que signifiquem auxílio, favorecimento ou facilidades ao apenado.<sup>205</sup>

HASSEMER afirma que este paradigma instaurado é apoiado e favorecido pelas “teorias atualmente dominantes no Direito Penal”: as teorias *funcionais* ou *funcionalistas*, conforme afirma, otimizam a adaptação dos instrumentos jurídico-penais às necessidades da moderna política criminal, e assim, a “barreira infranqueável da política criminal” lisztiana tornar-se-ia utopia, uma vez que a realidade atual ampara-se em conceitos como “*orientação às conseqüências*”, “*ponderação de interesses em jogo*”, “*previsão de perigos*” e “*programas flexíveis de decisão*”.<sup>206</sup>

Conforme o autor, as modernas teorias da pena da prevenção intimidatória – individual e geral – baseiam-se igualmente nas mesmas tendências sociotecnológicas.<sup>207</sup> Refere HASSEMER que uma vez que as teorias absolutas da pena extinguíram-se no início do século, a atual *pura retribuição* não seria nada mais que *prevenção geral*; as tendências neoclássicas, como afirma, não obtiveram nenhum êxito na República Federal da Alemanha.<sup>208</sup>

O autor fornece uma explicação sobre o que entende como “*fundamentação tecnológica*”: o “se” e o “como” da pena dependem de seus efeitos, e não de questões como culpa ou merecimento; e os *efeitos* da pena compreendem, primariamente, as conseqüências da cominação penal e da aplicação da pena “sobre o indivíduo” e, secundariamente, sobre a “evolução geral da criminalidade”; o indivíduo criminalizado torna-se um elemento funcional para a imposição de uma pena que tem como finalidade evitar a criminalidade no futuro.<sup>209</sup>

<sup>204</sup> HASSEMER, 2008b, op. cit., pp. 12-13.

<sup>205</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., p. 31.

<sup>206</sup> *Ibidem*, pp. 31-32.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>208</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>209</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., pp. 32-33.

No que diz respeito aos esquemas cognitivos e normativos que embasam e originam este cenário, HASSEMER ressalta novamente o fundamento sociotecnológico, fornecendo os seguintes exemplos: o atual favorecimento de tópicos como o “domínio do futuro” em prejuízo de uma resposta *adequada* ou *justa* às questões atuais (*p.ex.*, “prevenção” em lugar da “retribuição”; “risco” no lugar de “lesão ao bem jurídico”); a crença na força configuradora da realidade social e na efetividade do Direito Penal; outrossim, a orientação *output* do Direito Penal, ou seja, a legitimação de suas intervenções não pela sua “*justiça*”, mas pelas conseqüências favoráveis que produzem; por fim, o autor ainda exemplifica com a tendência na substituição de fundamentos personalistas por fundamentos sociais nas teorias de legitimação.<sup>210</sup>

Conforme HASSEMER, este cenário é originado na “*dialética do moderno*”, sendo a conseqüência da modernização do Direito Penal: um momento de superação ou luta contra um Direito Penal moral ou moralizador.<sup>211</sup> O problema, que será tratado a seguir, surge quando o produto penal dessa batalha “evolui” para um Direito Penal inspirado nessas modernas técnicas sociológicas.

### **2.1.2. A dinâmica do Direito Penal moderno: “*dialética da modernidade*”<sup>212</sup>**

A contribuição mais importante de HASSEMER implica na transposição entre duas épocas e, portanto, duas culturas. Aparece nesse momento sua tentativa de resgate de uma cultura perdida aos seus olhos. Para o autor, a imagem atual do Direito

<sup>210</sup> HASSEMER, 1999a, *op. cit.*, p. 33.

<sup>211</sup> HASSEMER, *loq. cit.*

<sup>212</sup> As idéias descritas neste tópico estão sintetizadas em um estudo de Hassemer do original *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, publicado em *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, 1378 e ss., posteriormente traduzido diversas vezes e utilizado pelo autor novamente com algumas modificações. Este estudo foi traduzido por Francisco Munoz Conde com o título de *Crisis y características del moderno derecho penal*, publicado em *Actualidade penal*, 1993 e igualmente por Elena Larrauri Pijoán, publicado em ADP, 1993. No Brasil, apareceu sob o título *Características e crises do moderno direito penal* na Revista de Estudos Criminais nº 8, 2003. Contudo, uma nova versão foi reelaborada por Francisco Munoz Conde como primeira parte da obra *La responsabilidad por el producto*, Valencia, 1995, com novo título *Viejo e nuevo derecho penal*, ao qual foi utilizado novamente, com o mesmo título, na obra *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Valencia, 1999. Finalmente foi reutilizado como parte da obra *Freiheitliches Strafrecht*, Philo, Berlin, 2001, que foi traduzida para o português como *Direito Penal Libertário*, Del Rey, 2007. Por último foi anexada novamente como *Características e crises do direito penal moderno* em uma nova união de artigos organizada por Carlos Eduardo Vasconcelos sob o título *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*, pela Editora Fabris, em 2008.

Penal constitui uma face de transformação ocasionada pelo Direito Penal moderno. Contudo, é fundamental entender o que é este Direito Penal moderno para o autor e quais suas características.

HASSEMER fornece uma explicação breve, segundo a qual Direito Penal moderno é aquele que, em nível de pensamento e de atuação prática: “prescinde dos conceitos metafísicos e prescreve uma metodologia empírica orientada às conseqüências”; “mostra-se inclinado a uma concepção de prevenção, em prejuízo da retribuição”; e objetiva “vincular o legislador penal e controlar suas decisões com princípios como a proteção dos bens jurídicos”.<sup>213</sup>

O autor destaca estas características do pensamento jurídico-penal e político-criminal moderno como “*filhas de seu tempo*” e necessárias em sua época para superar os problemas ínsitos a uma teoria e práxis jusnaturalistas e dogmaticamente abstratas e já, neste momento, alheias à realidade.<sup>214</sup> Como crítica a esta práxis jurídico-penal surgem: o foco sobre suas conseqüências, a limitação dos fins da pena a metas tangíveis e a obrigação do legislador de concentrar-se em bens jurídicos, que humanizaram e permitiram maior controle sobre a atuação do Direito Penal.<sup>215</sup>

HASSEMER destaca o caráter paradoxal da transformação do Direito Penal, uma vez que exatamente as características provindas da modernização do Direito Penal, responsáveis pela vitória contra um Direito Penal moral e esquizofrênico, diante de um novo contexto social, tornam-se as catalisadoras do rompimento da tradição

<sup>213</sup> HASSEMER, Winfried. Viejo y nuevo derecho penal. In: HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 16; HASSEMER, Winfried. Viejo y nuevo derecho penal. In: HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoria de la imputación en derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999c, p. 40; HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, Notadez v.2, n.8, 2003a, p. 55; HASSEMER, Winfried. Sinais e crises do direito penal moderno. In: HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução do original Freiheitliches Strafrecht de Regina Greve. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b, p. 190; HASSEMER, Winfried. Características e crises do direito penal moderno. In: HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução Adriana Beckman Meirelles... [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008a, pp. 244-245.

<sup>214</sup> HASSEMER, 1995, op. cit., pp. 16-17; HASSEMER, 1999c, op. cit., pp. 40-41; HASSEMER, 2003a, op. cit., p. 55; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 190; HASSEMER, 2008a, op. cit., p. 245.

<sup>215</sup> HASSEMER, 1995, op. cit., p. 17; HASSEMER, 1999c, op. cit., p. 41; HASSEMER, 2003a, op. cit., p. 55; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 190; HASSEMER, 2008a, op. cit., p. 245.

penal limitada por princípios e garantias.<sup>216</sup> O autor ressalta que as mesmas armas utilizadas contra o Direito Penal moralizador se tornaram independentes e adquiriram novo significado diante de um contexto atual, e demonstra o significado da dialética do moderno através de três características principais do Direito Penal produto dessa fase.<sup>217</sup>

A primeira característica do Direito Penal moderno reflete-se no conceito de “*proteção de bens jurídicos*”, originalmente um critério negativo ou descriminalizador, utilizado para extinguir criminalizações que não protegiam bens jurídicos concretos ou protegiam conceitos morais, se converteu em um critério positivo para justificar decisões criminalizadoras.<sup>218</sup> A segunda característica do Direito Penal moderno diz respeito aos fins da pena: a exacerbação da idéia de “*prevenção*”: no Direito Penal clássico era considerada meta secundária da justiça penal, uma fonte de limitação, uma vez que buscava excluir as intervenções jurídico-penais que não possuíam finalidade alguma; a pura retribuição não seria suficiente para legitimá-las, sendo que hoje, reforça o autor, o conceito de prevenção converteu-se em paradigma penal dominante, ou seja, um modelo de intervenção que converteu os princípios da proporcionalidade, igualdade ou tratamento igualitário e a legalidade em obstáculos para uma orientação social efetiva.<sup>219</sup> A terceira característica do Direito Penal moderno diz respeito à “*orientação às conseqüências*”, anteriormente um critério complementar para o ato de legislar, que se converte em uma característica e meta dominante, marginalizando princípios como de igualdade e de retribuição justa do delito na política jurídico-penal.<sup>220</sup> O sistema jurídico-penal assume nova tarefa: “deve permanente e publicamente

<sup>216</sup> HASSEMER, 1995, op. cit., p. 22; HASSEMER, 1999c, op. cit., p. 46; HASSEMER, 2003a, op. cit., p. 57; HASSEMER, 2007b, op. cit., p. 194; HASSEMER, 2008a, op. cit., p. 249.

<sup>217</sup> HASSEMER, 1995, op. cit., p. 22; HASSEMER, 1999c, op. cit., p. 46; HASSEMER, 2003a, op. cit., p. 57; HASSEMER, 2007b, op. cit., p. 194; HASSEMER, 2008a, op. cit., p. 249.

<sup>218</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., p. 34; HASSEMER, 1995, op. cit., p. 23; HASSEMER, 1999c, op. cit., pp. 47 e ss.; HASSEMER, 2003a, op. cit., pp. 57-58; HASSEMER, 2007b, op. cit., pp. 194-195; HASSEMER, 2008a, op. cit., pp. 249-250.

<sup>219</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., pp. 34-35; HASSEMER, 1995, op. cit., pp. 24-25; HASSEMER, 1999c, op. cit., pp. 49-50; HASSEMER, 2003a, op. cit., p. 58; HASSEMER, 2007b, op. cit., p. 195; HASSEMER, 2008a, op. cit., p. 250.

<sup>220</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., p. 35; HASSEMER, 1995, op. cit., p. 25; HASSEMER, 1999c, op. cit., p. 51; HASSEMER, 2003a, op. cit., pp. 58-59; HASSEMER, 2007b, op. cit., p. 196; HASSEMER, 2008a, op. cit., pp. 250-251.

afirmar-se como instrumento político tecnicamente eficaz”; em outras palavras, há que se demonstrar que o sistema sociotecnologicamente funciona.<sup>221</sup>

### 2.1.3. O controle social como forma de regulação da vida comum

HASSEMER ressalta que a ameaça e a execução da pena não constituem fenômenos isolados, integrando um campo que abrange uma multiplicidade de instrumentos e processos necessários tanto para a ameaça quanto para a execução punitiva apresentar eficácia na realidade social.<sup>222</sup> Estes processos e instrumentos influenciam a punição e são influenciados por ela de maneira recíproca; e, tal fato não é observado apenas na realidade jurídico-estatal, mas em nossa vida cotidiana igualmente observamos a existência de normas e sanções impostas diante de desvios.<sup>223</sup>

O autor aponta a existência dessas “*normas sociais*” e “*sanções sociais*” de maneira natural em sociedade, sendo exemplos das primeiras, as regras de vestuário, as proibições sobre a altura demasiada (ou não) da voz, assim como risadas, o ato de cuspir no chão, em que momento seria mais adequado para se dirigir a um anfitrião, também as regras de linguagem e outros; enquanto que exemplos de sanções sociais, HASSEMER destaca a zombaria, o silêncio contrangedor entre um grupo de pessoas (silêncio de caráter punitivo como forma de desaprovação), formas de privação de amor paterno, notas negativas na escola e outros que resumiriam um “*olhar punitivo*” em sociedade.<sup>224</sup> Estas penas estão presentes em todos os círculos sociais, havendo penas na escola, no trabalho, entre amigos e colegas, nos Tribunais, no sentido de que sempre que é cometida uma falta é obtida uma resposta sancionatória.<sup>225</sup>

<sup>221</sup> HASSEMER, 1999a, op. cit., p. 35; HASSEMER, 1995, op. cit., pp. 25-26.; HASSEMER, 1999c, op. cit., p. 51; HASSEMER, 2003a, op. cit., pp. 58-59; HASSEMER, 2007b, op. cit., p. 196.

<sup>222</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts. Tradução Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 413. HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 389.

<sup>223</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 413; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 389.

<sup>224</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 413; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 389; HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el derecho penal**. Traducción del original por Miguel Ontiveros Alonso. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003b, pp. 9-10.

<sup>225</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 413; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 389; HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 10.

Dessa forma, afirma o autor, a existência de penas na vida cotidiana, de discursos sobre a pena (família, mídia, etc.), e de algo semelhante a um procedimento para sua imposição, assim como instituições e competências (o autor refere, paralelamente aos Tribunais, o ambiente familiar quando um pai castiga enquanto outro permanece passivo, ou/e um dos irmãos assume a função de defensor) formam o “*controle social*”.<sup>226</sup> HASSEMER procura tratar dessas regras do cotidiano para destacar o conceito: o infrator pode ser objeto de sanção, sendo que esta pode vir a ser uma reação desproporcional ou apenas uma crítica; todos esses instrumentos e processos formam o controle social.<sup>227</sup>

Concomitantemente, sanções sociais e jurídico-penais apenas terão sentido se vinculadas a normas sociais; e o autor aponta antecipadamente seu motivo e fundamento: a própria violação normativa (o desvio das normas sociais).<sup>228</sup> Qualquer sanção desprovida dessa relação (com a violação, de maneira perceptível para os demais membros da sociedade) não seria nada mais que uma própria *lesão*, um *infortúnio*, como afirma HASSEMER.<sup>229</sup> Contudo, quando aplicada após um desvio personificam uma conduta final, uma ação dirigida a um fim, dotada de sentido social.<sup>230</sup> A sanção tem como sentido a norma, pois confirma a norma, estabelecendo-a como “uma expectativa contra-fática de conduta”, fixando-a socialmente.<sup>231</sup>

Para que se possa compreender o significado da pena em nosso mundo, afirma HASSEMER, é indispensável uma análise deste conceito.<sup>232</sup> E, na seqüência, o autor precisa a noção de controle social a partir dos três elementos destacados pelos sociólogos: “*viver com normas sociais*” (*norma*); “*sancionar desviações com estas normas*” (*sanção*); “*observar, para estes efeitos, determinadas normas de procedimento*” (*processo*).<sup>233</sup>

<sup>226</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 413; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 389; HASSEMER, 2003b, op. cit., pp. 9 e ss.

<sup>227</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 413; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 389; HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 11.

<sup>228</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., pp. 413-414; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 389.

<sup>229</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., pp. 413-414; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 389.

<sup>230</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., pp. 413-414; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 389.

<sup>231</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., pp. 413-414; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 389.

<sup>232</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 11.

<sup>233</sup> HASSEMER, loq. cit.

### 2.1.3.1. Normas sociais: do cotidiano ao sistema jurídico-penal

HASSEMER parte de uma hipótese segundo a qual a percepção da existência de determinadas normas utilizadas para modelar nosso comportamento, normas não escritas, nem organizadas sistematicamente, se dá geralmente no momento da reação a um descumprimento das mesmas; outrossim, que os indivíduos estejam em grande parte pautados por elas.<sup>234</sup> E afirma o autor que estas normas não estão dispostas a partir de uma formalização e não necessitam de justificação própria, simplesmente sendo válidas para todos.<sup>235</sup> Este pré-estabelecimento autoconstatável a todos proporciona uma expectativa de que os membros da sociedade irão se reger por essas normas; assim, trata-se de uma expectativa recíproca e confiável amparada em normas válidas para todos os indivíduos que vivem em comunidade e vinculam as pessoas.<sup>236</sup>

O autor assevera que sem a segurança de uma expectativa não poderíamos existir, uma vez que a cada dia seria uma nova concepção de mundo e teríamos que fundamentar novamente todo esse arcabouço normativo considerado como a via correta.<sup>237</sup> Afirma HASSEMER que ninguém pode fazer isso: há um conjunto de ações que não está sujeito a reflexões ou reexames, e exemplifica, não se atua precipitadamente, não se sanciona de forma excessiva e a uma ação amistosa se responde da mesma forma; isto é, simplesmente aplicam-se tais normas, e apenas desta forma, afirma, podemos viver em torno de um meio comum.<sup>238</sup> A segurança se dá pontualmente através de dois sentidos, positivo e negativo: o primeiro, através de um “arranjo cotidiano da expectativa”, ou seja, sua “estabilização”; e o segundo, através da punição no “âmbito da defraudação de expectativas”.<sup>239</sup>

Uma expectativa, afirma o autor, possui tamanha validade para os indivíduos que todos esperam que seus semelhantes cumpram com as mesmas expectativas, tornando uníssona a firme crença na existência das “mesmas pautas”, um “*ritmo*”

---

<sup>234</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 11.

<sup>235</sup> Ibidem, pp. 11-12.

<sup>236</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>237</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>238</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>239</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 12.

comum a todos, no qual se espera de cada um o que se espera dos demais.<sup>240</sup> HASSEMER destaca o termo utilizado pelos sociólogos de “espera de expectativas” para concluir que todos os indivíduos estão normativamente “encadeados (unidos, vinculados) uns aos outros”, ou ainda, afirma, estão “obrigados em toda a extensão da palavra”, vivendo “com e mediante normas sociais”.<sup>241</sup> Tais normas, ressalta, não são fixas, são mutáveis e sua validade se dá em diferentes níveis da sociedade, sendo igualmente modificáveis em seu conteúdo e em sua força; e o autor apresenta os fatores que envolvem estas alterações: profissão, idade, sexo, religião, estrato social e experiências de vida.<sup>242</sup> Tais elementos afetam o controle social, de forma que cada grupo social possui normas sociais distintas de outros grupos, havendo inclusive a possibilidade de conflitos entre as normas de diferentes grupos e entre as pessoas que vivem entre eles, mas, afirma o autor que, mesmo diante desta diversidade, chega-se a acordos satisfatórios; assim, as normas sociais, portanto, fazem parte da vida cotidiana, organizam os indivíduos e deixam claro para estes o que acontece quando as normas são infringidas.<sup>243</sup>

### 2.1.3.2. As sanções como limites impostos às desviações normativas

*Toda sanção anuncia uma outra sanção para o caso de um novo desvio da norma.*<sup>244</sup>

Winfried Hassemer

HASSEMER destaca a existência de determinados limites, igualmente variáveis, impostos a desviações normativas, cuja reação será a *repressão* e a *sanção*, sendo que, destaca, essas sanções não são uma simples consequência de uma lesão de um interesse determinado, e sim “uma resposta à prévia lesão de uma norma”; e o autor situa aqui o radical do “núcleo teórico penal”, ou seja, exemplifica: “o pai quer que seu filho observe as normas e o sanciona porque seu comportamento prejudica seu bem-

<sup>240</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., pp. 12-13.

<sup>241</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 13.

<sup>242</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>243</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>244</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 414; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 389.

estar, de tal maneira que, durante o lapso de um mês, o jovem obterá menos dinheiro por parte de seu pai”.<sup>245</sup>

Em outras palavras, o que HASSEMER deseja ressaltar é que “a sanção não é unicamente a imposição de um mal”: a sanção consiste em “uma resposta à lesão de uma norma”, acarretando como importante consequência o fato de que a “lesão de uma norma” se fundamenta em uma “relação determinada”; esta relação deve ser observada tanto no aspecto comunicativo como no normativo: “a sanção deve se encimar na infração de uma norma e deve estar estreitamente vinculada a esta, se é que em verdade quer ser a resposta a essa afetação”.<sup>246</sup> A sanção não pode consistir em um mal imposto pura e unilateralmente, por isso, afirma, ela mantém uma proporcionalidade ou equilíbrio com o dano infligido à norma; e esse é o motivo pelo qual segue automaticamente à lesão normativa; e esse caráter ínsito deve ser de tal forma que a sanção seja aplicada “consecutivamente à afetação causada” e que seja experimentada como automática “resposta à lesão produzida”.<sup>247</sup> Isso significa que a intensidade da pena não pode ser superior à da lesão normativa (proporcional e eqüitativa): a idéia exposta é de uma limitação mútua entre infração da norma e sua resposta, mantendo-se unidas e guardando uma relação de natureza “empírico-sociológica e normativa”, ou ainda, “ao mesmo tempo, experiência e valor”.<sup>248</sup>

### **2.1.3.3. Normas de procedimento: o processo de controle**

Sobre a terceira característica do controle social, “*observância de determinadas normas de procedimento*”, HASSEMER elenca exemplos: as normas de procedimento compreendem desde a mãe que não pune o filho automaticamente porque sempre aguarda o pai retornar para esse aplique o castigo (do qual o autor destaca a responsabilidade), ou a sanção que não pode ser aplicada em virtude do tempo decorrido (relacionado a prazos e prescrições), até (dentre outros exemplos que podem ser traduzidos para o processo) o aluno que reclama ao professor sobre as próprias

---

<sup>245</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., pp. 13-14.

<sup>246</sup> *Ibidem*, 14.

<sup>247</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>248</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., pp. 14-15.

sanções da classe (faz um paralelo ao recurso).<sup>249</sup> São, portanto, as regras para a própria concretização do controle social.

#### 2.1.3.4. Controle social e estado democrático de direito

HASSEMER afirma que a substância estrutural do controle social, que possui raízes profundas e é formada ao longo do tempo da vida social, influi no modelo de Estado de Direito, assim como na natureza da intervenção do Direito Penal.<sup>250</sup> Dessa forma, afirma, a flexibilidade das normas sociais, a proporcionalidade das normas sociais e a transparência no processo de aplicação do controle social são vitais para a formação normativa do Estado de Direito; contudo, ressalta, tal influência é recíproca, isto é, um controle social brutal embrutece o Direito Penal e um Direito Penal embrutece a vida cotidiana.<sup>251</sup>

HASSEMER destaca como o controle social está amparado em profundas estruturas que se formam ao decorrer do tempo na vida em sociedade e como os elementos do conhecimento formado a partir dele não desaparecem ou são alterados com facilidade.<sup>252</sup> O controle social (sendo compreendido pelo autor como a vida com normas sociais), afirma, consiste em uma parte estável da consciência e da cultura cotidiana dos indivíduos; e ressalta que tanto o “grau de conformidade com um modelo de Estado de Direito” quanto o “grau de humanidade das faculdades estatais de intervenção através do Direito Penal e do Direito de polícia” dependem desse controle social baseado na vida cotidiana de uma sociedade, exemplificando com a noção de que com um controle social “repressivo, pouco claro, primitivo e desproporcional”, jamais seria possível construir um Direito Penal civilizado.<sup>253</sup>

HASSEMER destaca os elementos que compõem os parâmetros para que se possa estabelecer uma realidade normativa de um Estado de Direito: a “*flexibilidade das normas sociais*”, a “*proporcionalidade das normas sociais*” e a “*claridade no*

<sup>249</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 414; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 390.

<sup>250</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p.15.

<sup>251</sup> Ibidem, pp.15-16; igualmente em: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à criminologia**. Tradução, apresentação e notas por Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 252.

<sup>252</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit.,p. 15.

<sup>253</sup> HASSEMER, loq. cit.

*processo de aplicação do controle social*".<sup>254</sup> Considerando esta associação, ressalta como o Direito e o controle social influenciam-se reciprocamente: se o controle social pode influir no Direito Penal, "um Direito brutal igualmente pode embrutecer o processo sancionador da vida cotidiana".<sup>255</sup> Dessa forma, sugere, controle social e Direito Penal andam de mãos dadas, regulando-se e influenciando-se "mutuamente" (lembrando que "os processos do controle social são muito mais difíceis de reformar que o texto do Código Penal").<sup>256</sup>

O autor centra estas conclusões mais em experiências do cotidiano do que em outra fonte de saber científico; e compara a pergunta "*deve existir a pena?*" à outra como "*deve existir o clima?*", sendo que afirma que com ambos, pena e clima, vivemos, às vezes melhor, as vezes pior, o que instiga sempre o eterno questionamento (sendo que o autor acredita que será assim durante algum tempo).<sup>257</sup>

## **2.2. Prevenção geral positiva e a teoria da pena de Winfried Hassemer**

Tendo oferecido elementos teóricos da teoria hassemeriana com o objetivo de apresentar de que forma se manifesta a posição de HASSEMER diante da política criminal, da dogmática jurídico-penal, da filosofia do Direito e, igualmente, de alguns aspectos das ciências sociais (controle social), é o momento de adentrar ao estudo do seu modelo teórico de prevenção geral positiva, e como se manifestam os elementos do seu discurso legitimador nesse contexto doutrinário pessoal.

### **2.2.1. A construção do discurso justificador: a base teórica da prevenção geral positiva hassemeriana**

A apresentação da construção do discurso justificador da pena de HASSEMER será efetuada de forma bipartida: dois pilares teóricos identificados a partir de suas

<sup>254</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 16.

<sup>255</sup> Hassemer afirma que "*devido a que tudo isso é assim resulta ingênuo crer que mediante a ação política se pode influir em uma sociedade que se encontra encadeada a um controle social incivilizado e busca implantar nesta um Direito Penal sensível*". HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 16; igualmente em: HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2008, op. cit., p. 252.

<sup>256</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 16.

<sup>257</sup> HASSEMER, loq. cit.

obras para chegar à mesma resposta, qual seja, a identificação da justificação punitiva através da teoria da prevenção geral positiva. Em um primeiro momento, o autor busca o papel do Direito Penal como forma de controle social formal; e, em um segundo momento, efetua uma análise investigativa a partir de casos concretos: diante de exemplos de punição em situações extremas – e do fracasso das prevenções predecessoras em justificá-las – de que forma sua teoria pode proceder como resposta última.

#### **2.2.1.1. O Direito penal como parte do controle social**

Após demonstrar as características do controle social, HASSEMER passa a situar o Direito Penal como parte integrante do mesmo. O autor inicia afirmando que para que possa sintetizar a posição do sistema jurídico-penal, assim como suas tarefas, utilizará como base essa noção de controle social; ou seja, inicia localizando o sistema jurídico-penal exatamente como parte do controle social, sendo que possui “os mesmos elementos estruturais que os outros âmbitos do controle social: norma, sanção, processo”.<sup>258</sup> Como ressalta o autor, a norma definirá “a conduta desviante como criminosa”, a sanção será a “reação ligada ao desvio” e o processo será o “prolongamento da norma e da sanção à realidade”.<sup>259</sup>

Para o autor, “o Direito Penal é uma forma de transformação social dos conflitos desviantes”; dessa forma, possui (e isso é um ponto importante) “as mesmas tarefas” que o controle social do cotidiano.<sup>260</sup> O autor elenca tais tarefas do Direito Penal: “assegura as expectativas de conduta”, “determina os limites da liberdade de ação humana”, “é um meio de desenvolvimento cultural e socialização”, salientando que tais aspectos são o denominador comum do sistema jurídico-penal e outras formas de controle social; de outro lado, os aspectos que diferenciam e tornam o sistema jurídico-penal especial são “os objetos e os instrumentos de controle do desvio”.<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 415; e com diferenças, HASSEMER, 1984, op. cit., p. 391.

<sup>259</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 415; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 391.

<sup>260</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 415.

<sup>261</sup> HASSEMER, loq. cit.

Segundo HASSEMER, distinguindo o sistema jurídico-penal das demais formas de controle, estão seus objetos e instrumentos: seus *objetos* serão todos “os conflitos desviantes, de grande relevância social e com elevada intensidade de ameaça”; ou seja, as “lesões criminosas”, que constituem “os piores atos” que os homens cometem entre si, ou ainda, as “agressões aos interesses humanos fundamentais”; e seus *instrumentos* compreendem os “meios de intervenção de efeito mais rigoroso”, ou ainda, a coação, a força, acusação pública e condenação, privação de liberdade, confisco de dinheiro, ou seja, medidas que, afirma, tornam os instrumentos das demais formas de controle com aparência inofensiva.<sup>262</sup> Daí salienta que há uma relação diretamente proporcional entre a intensidade dos objetos e dos instrumentos e, dessa forma, o sistema jurídico-penal ocuparia o topo do controle social no qual ocorre “a transformação dos conflitos mais graves com os meios mais rigorosos”.<sup>263</sup>

HASSEMER busca não apenas harmonizar o Direito Penal e o controle social como uma parte deste, mas qualificar a posição do Direito Penal e correlacionar ambos (sistema e subsistema); assim, afirma, “norma penal, sanção penal e processo penal estão relacionados com as normas, sanções e processos dos demais âmbitos de controle social, eles ‘formam’ o sistema completo de transformação social do desvio”.<sup>264</sup> E as outras formas são vitais para o sistema jurídico-penal, pois se as “outras formas de desenvolvimento de cultura pessoal e social e a socialização” falharem, não obterá sucesso nas suas próprias tarefas com relação à criminalidade.<sup>265</sup>

O cidadão precisa saber quais as normas jurídico-penais que se convertem em normas sociais e precisa viver de acordo com elas. Os processos de controle social cotidianos precisam saber quais condutas transformar antes e fora do processo penal e precisam também das instâncias de socialização, que, por exemplo, realizarão isto (ou em geral só trabalharão) com os presos colocados em liberdade e que não obtiveram êxito na execução do tratamento.<sup>266</sup>

<sup>262</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., pp. 415-416.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 416.

<sup>264</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 416; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 390.

<sup>265</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 416; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 390.

<sup>266</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 416.

Assim como é influenciado, o sistema jurídico-penal igualmente influencia os mecanismos das outras formas de controle social; e exemplifica o autor com a descriminalização de condutas homossexuais, nas quais as normas sociais podem deixar de ser rígidas; outro exemplo, no sentido contrário, é o da criminalização da poluição do meio ambiente, já que o Direito Penal pode colaborar, sensibilizando o público para tais violações.<sup>267</sup> Outro exemplo que HASSEMER utiliza é das penas draconianas, ou seja, penas que desprezam o homem (*p.ex.*, pena de morte), contribuindo para brutalizar o controle social em geral; e, desses exemplos, o autor observa a dependência mútua entre as formas de controle social e o sistema jurídico-penal.<sup>268</sup>

A partir dos apontamentos sobre a posição do Direito Penal no controle social em geral, HASSEMER busca conectar a tarefa do sistema jurídico-penal com sua posição no campo do controle social. Aponta que a rigorosidade dos instrumentos do Direito Penal diante dos conflitos desviantes torna mister uma cautela mais elevada na sua utilização, e será essa cautela que será chamada “formalização do controle social”, sendo o seu êxito que oferece ao sistema jurídico-penal sua verdadeira justificativa.<sup>269</sup>

A caracterização do controle social penal como formal se dá em relação ao *como* e ao *quanto*, mas o autor observa que as outras formas de controle igualmente possuem graus de formalização:

O grau de formalização do controle social aumenta com a existência e a riqueza das diferenciações entre as rotinas que estão à disposição para determinadas hipóteses de desvio à norma – tanto das rotinas cotidianas [...] como também das rotinas profissionais [...]. Pode se dizer que quanto mais alto o grau na formalização do âmbito de controle tanto maior é a *orientação do afetado*, suas chances de prever o que lhe ocorrerá e de se preparar para isso: de saber se a sua conduta será tratada e valerá como desviante, de avaliar a reação, de preparar uma defesa, etc.<sup>270</sup>

HASSEMER aponta para uma segunda forma de compreensão, que concerne ao “controle social cotidiano formalizado gradualmente”, e a caracteriza como uma noção

<sup>267</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 416.

<sup>268</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>269</sup> Ibidem, p. 417.

<sup>270</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., pp. 417-418; HASSEMER, 1984, op. cit., p. 391.

que está “entre a cautela e a precaução”, facilitando a relação com os conflitos desviantes tanto através da “orientação do afetado” quanto da “moderação, honestidade ou consideração, do perdão e do esquecimento”, sendo que o autor salienta que sem estes mecanismos intermediadores se colocaria em risco o poder de satisfação do controle social, ou seja, sua “capacidade de levar a um fim os conflitos de desvio”.<sup>271</sup> Aponta como exemplo (dos fenômenos sem poder de satisfação) a “vingança de sangue”, nos quais a “resposta sancionadora a um crime consiste em um outro crime, compreendendo processos desmesurados”.<sup>272</sup>

Aliada às categorias já mencionadas, o autor atribui ao sistema jurídico-penal a tarefa de aperfeiçoar a capacidade de formalização, satisfazendo os direitos dos protagonistas de conflitos desviantes (graves) em perigo – será sua tarefa orientar e moderar o conflito – e, além disso, HASSEMER salienta que ele alcançará seus objetivos, pois tem em observância uma técnica de proteção que será exercida de forma a proteger bens jurídicos, mas sempre vinculando o controle do crime a princípios valorativos; e, dessa forma, o exercício da proteção dos bens jurídicos se dará de forma muito diferenciada.<sup>273</sup> Afirma o autor que será através do Direito Penal material, do Direito Processual Penal e da Execução Penal, da “capacidade de concretização da dogmática jurídico-penal”, e da “disposição das seqüências e conseqüências do processo”, da “ordem da estrutura do crime”, do discurso jurídico e do princípio da legalidade, ou seja, da “técnica global de proteção jurídico-penal” que o sistema jurídico-penal organizará “a orientação dos afetados sobre o conteúdo e as formas do controle do crime exercidos por ele”.<sup>274</sup>

HASSEMER destaca o funcionamento do sistema jurídico-penal, ressaltando como ele anuncia de forma expressa, exata e pública “qual conduta ele qualifica como criminosa”, qual será sua reação, o “decorso da seqüência da conduta”, a competência, as “garantias de assistência ou meios jurídicos” serão observados, se comprometendo a “retirar as violações à regra, indenizar afetados e punir a lesão” em casos graves.<sup>275</sup> O sistema jurídico-penal, salienta o autor, organizará o cenário no qual os afetados “têm o

---

<sup>271</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 418.

<sup>272</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>273</sup> Ibidem, p. 419.

<sup>274</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>275</sup> HASSEMER, loq. cit.

seu lugar, as suas possibilidades de defesa e de intervenção, as suas chances de defesa, de repetição do discurso e de averiguação do cumprimento da norma”, e, assim, neutraliza a vítima e seus companheiros para alcançar homogeneidade e o controle do crime.<sup>276</sup> O Direito Penal, afirma, “abre o seu processo de percepção pública e de verificação, mas, ao mesmo tempo, protege contra as pressões do público”, formando a “‘parede de defesa’ contra os fins político-criminais e aceita o seu próprio fracasso, quando estes fins exigem uma carga excessiva sobre os afetados”; além disso, o Direito Penal “transfere o controle social pela pressa e pela emoção da situação do desvio a um proceso, no qual a distância, o silêncio e o equilíbrio determinam o curso”.<sup>277</sup>

HASSEMER ressalta que através dessa operação se alcança a “*verificabilidade*” e “*controlabilidade*” do sistema que constituem pressupostos para a proteção jurídica dos afetados pelo controle do crime; contudo, o autor adverte que isso não é suficiente, pois um sistema transparente também pode aterrorizar ou sobrecarregar desigualmente, estimulado pela impossibilidade do encobrimento.<sup>278</sup> Além disso, afirma, que tal “‘formalização’ necessita ainda de uma segunda garantia contra a violação ao Direito, ela necessita de limites substanciais ao controle do crime: a vinculação da atuação jurídico-penal aos princípios valorativos”.<sup>279</sup>

HASSEMER elenca exemplos como:

- o princípio da proporcionalidade ou da função limitadora da culpabilidade, o qual ordena não só julgar de maneira uniforme as cargas do controle do crime, senão também pretende impedir que a vítima seja excessivamente cobrada pelos homens;
- o direito de ser defendido por um profissional, de se calar ou de não responder a determinadas questões graves, com o qual pode nivelar o peso da desigualdade dos afetados ao seu favor;
- a proibição de provas que se realizam à expensa da proteção de dados e da proteção da dignidade humana para a apuração da verdade;
- a exigência da atenção jurídica que garanta ao afetado a chance de se tornar um sujeito do processo, e ao processo de completar a maior quantidade possível de pré-compreensões do caso;
- a indicação de decidir, na dúvida sobre os fatos, em favor do acusado, como tentativa de evitar sob quaisquer circunstâncias incriminações injustas, e também às expensas de uma injusta desobrigação.<sup>280</sup>

<sup>276</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 419.

<sup>277</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>278</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>279</sup> Ibidem, pp. 419-420.

<sup>280</sup> Idem, p. 420.

HASSEMER aponta-os como princípios de moderação do controle jurídico penal do crime, afirmando que “sua obediência prática, sua consolidação política e sua fundamentação científica asseguram ao Direito Penal a sua justificação”, prescrevendo um conceito mais exigente de efetividade para o Direito Penal, obstruindo o interesse político-criminal, criminalístico e policial de combate ao crime, ou seja, tais princípios lutam por cautela e precaução e contra a força e rapidez, renovando o conceito de efetividade.<sup>281</sup>

### 2.2.1.2. Investigação e práxis: teste da justificação penal diante do contemporâneo

*O Direito Penal e a pena foram promovidos à posição de portadores de esperança para a solução dos grandes problemas sociais e políticos e uma “demanda urgente de ação” se associa ao aumento das vedações penais, das intervenções e das sanções.*<sup>282</sup>

Winfried Hassemer

Parte-se para a apresentação da segunda forma como HASSEMER opera a sua busca por uma resposta acerca da justificação punitiva. A partir de outra análise sobre a teoria da pena, mas agora centrada na dinâmica teórica e prática jurídico-penal, (seu estudo sobre as atuais formas preventivas de conceito, sentido e finalidade da punição estatal), considerando exemplos do comportamento do Direito Penal.

HASSEMER destaca a permanente busca de uma fundamentação acerca do fim do círculo vicioso do delito e da pena, ou, como afirma, sangue e violência, sofrimento e morte, medo e luto, sendo que o significado e a valoração da punição se alteram perante os séculos.<sup>283</sup> Observando o momento atual, o autor ressalta a atração punitiva exercida ao mesmo tempo em que é questionada e criticada ao invés de refletir-se sobre sua justificação.<sup>284</sup> Fundamental é, assevera, hoje, esclarecer o porquê da

<sup>281</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., pp. 420-421.

<sup>282</sup> HASSEMER, Winfried. Por que e para qual fim punimos? In: HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução do original Freiheitliches Strafrecht de Regina Greve. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a, p. 83.

<sup>283</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 7.

<sup>284</sup> HASSEMER, loq. cit.

existência da pena, ou seja, a despeito da naturalidade da aceitação da punição, deve-se expor a razão pela qual aplica-se uma sanção a determinados conflitos sociais.<sup>285</sup>

O autor resume o paradigma jurídico-penal moderno a partir da notória expressão latina “*nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*”<sup>286</sup> (salientando sua origem tão antiga que não poderia ser precisada), lembrando que a inspiração desta expressão opera passado e futuro (*peccam est – ne peccetur*), assim como a relação entre *conceito* (“o que significa”) e *fim* da instituição (“para qual finalidade”), orientando, ressalta, “o sentido da pena para uma direção futura, e também se declarando rudemente em favor da finalidade da pena”.<sup>287</sup> Por isso, para HASSEMER, a expressão manifesta “um tom decisivamente moderno” quando ensina ao Estado que “a mera retribuição de um crime anterior não faz sentido” e, igualmente, para “conduzirmos o olhar para frente e organizarmos o sistema penal de forma que infrações penais não mais venham a ocorrer”.<sup>288</sup>

Afirma o autor que o simples acréscimo de um mal remeteria a características *medievais*, ou, como aponta, talvez ainda pior do que isso, remeteria ao *metafísico*: utiliza-se da concepção retributiva kantiana acerca da punição, destacando-a como o núcleo de nossa *tradição* no que respeita a definições como *conceito*, *sentido* e *fim* da pena.<sup>289</sup> HASSEMER lembra do exemplo utilizado por KANT para ilustrar o sentido da pena no qual antes que a totalidade de homens abandonassem uma ilha por eles habitada, antes da dissolução dessa determinada sociedade, deveria ser executado o último infrator que se encontrasse em uma prisão; não devido a sua periculosidade ou com fins de ressocialização (impossível diante de seu fim), mas para que ele experimente o quanto vale suas ações e com isso seja satisfeita a *justiça*, despedaçando, conforme HASSEMER, qualquer representação social e do próprio ser

<sup>285</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., pp. 7-8.

<sup>286</sup> “*Nenhum homem razoável pune em razão dos pecados do passado, mas para que no futuro não mais se peque*”. Já nos diálogos entre Platão e Protágoras. PLATÃO. **Protágoras**. Tradução, introdução e notas de Ana da Piedade Elias Pinheiro. Lisboa: Humanitas, 1999 (Coleção Humanitas Autores Gregos e Latinos), p. 95.

<sup>287</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? In: HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde e M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999b, p. 190; HASSEMER, 2007a, op. cit., p. 82.

<sup>288</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 190; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 82.

<sup>289</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 191; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 84.

humano a partir de objetivos preventivos, dando lugar apenas e tão-somente à reparação.<sup>290</sup> Tal *justiça* é denominada pelo autor como rígida, barulhenta e vingativa e a concepção do sentido da pena seria estranha, elitista, quase arrogante de satisfazê-la.<sup>291</sup>

Na opinião de HASSEMER, o Estado moderno “deve medir e deixar medir sua atuação nos sucessos e insucessos empíricos”, e tais esperanças acerca dos efeitos favoráveis da punição estatal, continua, apresentam unanimidade raramente encontrada no campo da política interna atual.<sup>292</sup>

A partir desse paradigma, afirma, Direito Penal e pena se inserem na posição de panacéia dos males modernos, sendo promovidos à posição de portadores de esperança para a solução dos grandes problemas sociais e políticos.<sup>293</sup> O autor salienta a “‘demanda urgente de ação’ associada ao aumento das vedações penais, das intervenções e das sanções”, citando como exemplos: abuso de benefícios sociais, poluição ambiental, terrorismo, estruturas mafiosas no interior e no exterior, drogas, corrupção, distribuição de produtos perigosos, tráfico de produtos e a sonegação de impostos.<sup>294</sup>

O Direito Penal, sintetiza, assumiria a missão de julgar os andares superiores dos bancos, as direções das empresas, as mansões e os prédios do governo e, abandonando sua atuação tradicional, ou seja, “seu nicho impregnado da sujeira da violência cotidiana”.<sup>295</sup>

Esta fonte de expectativas em relação à atuação do Direito Penal diante dos modernos problemas se ajustaria com o comportamento da teoria da pena: aquele Direito Penal orientado pelo ilícito e pela retribuição da culpa passa a perseguir o objetivo e prometer as soluções para esses problemas, através das doutrinas preventivas na vertente preventiva especial da ressocialização ou recuperação dos criminosos condenados e na vertente preventiva geral da intimidação dos criminosos

---

<sup>290</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 191; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 84.

<sup>291</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 191; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 84.

<sup>292</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 191; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 83.

<sup>293</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 191; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 83.

<sup>294</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., pp. 191-192; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 83.

<sup>295</sup> “A defesa penal torna-se uma profissão cada vez mais bem conceituada e permite a ocupação lucrativa para muitos”. HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 192; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 83.

potenciais.<sup>296</sup> HASSEMER ressalta, portanto, a esperança que envolve Direito Penal e pena: sociedade e políticos confiam na realidade do Direito Penal, através de novas criminalizações e sanções agravadas, buscando o Direito Penal na esperança de que estes dois fatores (criminalização e aplicação da sanção) resolvam seus problemas mais urgentes.<sup>297</sup>

A questão que desponta para HASSEMER seria se este paradigma que descreve está, de fato, adequado; e sua conclusão é que não está adequado nem à nossa tradição nem às nossas experiências.<sup>298</sup>

A partir da problemática social atual, o questionamento sobre o sentido e o fim da pena é reformulado; e HASSEMER utilizar-se-á de exemplos notórios atuais de infrações penais, apontando experiências recentes na Alemanha, analisando diante dos questionamentos da teoria da pena para demonstrar a incapacidade das teorias preventivas expostas até então: ressocialização e intimidação, na tentativa de superar as explicações da prevenção geral negativa e prevenção especial positiva.<sup>299</sup>

O autor destaca, do círculo de experiências que levantam novas questões sobre a teoria da pena, o caso do processo contra os estupradores de crianças de Worms e dos atiradores do Muro de Berlim e a punibilidade dos membros do Conselho Nacional de Defesa da Alemanha Oriental.<sup>300</sup> Trata-se de exemplos a contribuir para a pergunta crítica do sentido de uma punição e demonstrar se os esclarecimentos transmitidos sobre a intimidação e a recuperação “são aptos para tornar inteligíveis nossas experiências e nos dar instruções para a ação correta”.<sup>301</sup>

No que diz respeito ao episódio como os testemunhados na Alemanha Oriental e no regime do Estado nacional-socialista, HASSEMER procura analisar a questão da criminalidade de Estado ou governamental (compreendida em sentido amplo) sob o ângulo do Direito Penal preventivo: quais objetivos razoáveis poderia ter a condenação

---

<sup>296</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 192; HASSEMER, 2007, op. cit., pp. 83-84.

<sup>297</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 193; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 84.

<sup>298</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 193; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 84.

<sup>299</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., pp. 194 e ss.; HASSEMER, 2007, op. cit., pp. 85 e ss.

<sup>300</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., pp. 194-195; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 85.

<sup>301</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 195; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 85.

da “criminalidade de governos” anteriores por Tribunais criminais da República Federal da Alemanha, ou seja, qual o objetivo da punição dos poderosos daquela época?<sup>302</sup>

Em que pese outras críticas efetuadas pelo autor<sup>303</sup>, HASSEMER direciona seu foco crítico para as teorias legitimadoras preventivistas antecessoras diante dos casos suprapostos; o autor descarta expressamente os objetivos com alcance exigido para o Direito Penal de ressocialização ou recuperação e prevenção generalizada ou intimidação no caso da punição dos poderosos da época.<sup>304</sup>

HASSEMER refere-se à idéia de recuperação dos infratores envolvidos – ou seja, de que estaríamos diante de indivíduos a recuperar – como uma idéia ingênua ou absurda, não apenas em razão da idade média avançada dos envolvidos, mas ingênua também porque essas pessoas podem ter infringido muitas coisas com seus atos, mas não as normas em sua época. E o processo penal não alcançaria a mudança normativa esperada.<sup>305</sup>

Igualmente, HASSEMER afirma que não se encaixa aqui a “esperança na intimidação de propensos ao delito por intermédio da ameaça da pena e de sua execução”; qualquer suposição de que esta forma criminalidade não mais se repetiria justamente em razão de nosso Direito Penal restaria deslocada.<sup>306</sup>

O autor passa, portanto, para a análise sobre o sentido da punição deste tipo de criminalidade a partir da satisfação das vítimas, seja visando os dependentes daqueles que foram mortos no Muro de Berlim, seja os muitos outros prejudicados em suas vidas, sendo que, nesse ponto, afirma HASSEMER, já não se está mais na esfera do Direito Penal moderno orientado às conseqüências: avança-se a um novo campo.<sup>307</sup>

<sup>302</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., pp. 196-197; HASSEMER, 2007, op. cit., pp. 86-87.

<sup>303</sup> Afirma o autor que “a justiça penal dos anos 90, como também a jurisdição constitucional, tomou caminhos que a justiça do pós-guerra teria considerado como impraticáveis e pelo o qual ela teria sido admoestada. Esta justiça não tratou realmente da criminalidade do governo dos nazistas e ela preparou seu desvio com construções transparentes. Eu penso em um entendimento dogmático demasiadamente estreito do fato típico da prevaricação, em uma, em mau sentido, interpretação positivista da proibição do efeito retroativo e em uma doutrina sobre autoria e participação cega para realidade, o que, em resumo, gerou justamente os preparadores, os maquinadores e os condutores dos atos de violência nazista permanecerem sem punição penal. Atualmente não é mais assim. Os preparadores sentam-se nos bancos dos réus e não à sua margem: não como incitadores ou auxiliares, mas como autores”. HASSEMER, 2007, op. cit., p. 86.

<sup>304</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 197; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 87.

<sup>305</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 197; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 87.

<sup>306</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 197; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 87.

<sup>307</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., pp. 197-198; HASSEMER, 2007, op. cit., pp. 87-88.

HASSEMER afirma que a orientação nesse sentido abandona a imagem de vítima como “figura decorativa representada pela lesão ao bem jurídico”, mas refere-se à “pessoa viva” (de carne e osso) que possui relevância para a teoria dos fins da pena.<sup>308</sup> Então, o enfoque nos interesses da vítima significaria considerar obrigatoriamente o fato pretérito e incorporá-lo “como evento concreto na determinação do objetivo da pena.”<sup>309</sup>

Dessa forma, o autor ressalta, tem-se um direcionamento para um conceito normativo do objetivo da pena.<sup>310</sup> Essa afirmação significa que a “reparação de danos não significa apenas uma indenização empírica”, mas “algo normativo”, ou seja, “a reabilitação da pessoa lesada, o restabelecimento de sua dignidade humana, a reprodução obrigatória dos limites entre ação justa e injusta, a confirmação posterior para a vítima de que ela foi ‘vítima’” (e não autor – ou tampouco não um mero acidente).<sup>311</sup>

HASSEMER define que a consideração pela vítima como figura concreta, manifestando conseqüências para a teoria da pena, não se restringe ao caso da “criminalidade de governo”, aqui ele apenas se desenvolve de maneira mais rígida, mas para toda a esfera da punição estatal.<sup>312</sup>

O autor, uma vez que invocou o viés normativo dos fins da pena, passa a mais uma importante elaboração: “para o Direito Penal não se trata unicamente dessas pessoas que foram lesionadas”.<sup>313</sup>

A ação delituosa refere-se não apenas à relação entre autor e vítima, eles não estão sozinhos na realidade social, todos os participantes dela são atingidos, mesmo quando o delito não seja perceptível de maneira generalizada, o que significa dizer para HASSEMER que “vítima de um delito somos todos nós”, sendo que a posteriori é disso que se depende.<sup>314</sup>

<sup>308</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 197; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 87.

<sup>309</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 197; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 87.

<sup>310</sup> HASSEMER, 2007, op. cit., p. 88.

<sup>311</sup> “*Como sentido da pena, isso é algo totalmente diverso da recuperação e da intimidação*”. HASSEMER, 2007, op. cit., p. 88.

<sup>312</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 198; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 88.

<sup>313</sup> HASSEMER, 2007, op. cit., p. 88.

<sup>314</sup> “*Obviamente não em um entendimento empírico, mas certamente em um entendimento normativo*”. *Íbidem*, p. 88.

### 2.2.2. Prevenção geral positiva: conceito e delimitação

Para que se possa descobrir com exatidão os fins da pena, HASSEMER afirma, deve-se esboçar a justificação e as tarefas do Direito Penal como fundamento dos fins da pena<sup>315</sup> e, por isso, foi efetuada toda a construção de uma base até o momento. Agora, será possível sintetizar uma teoria da pena: o autor a denomina prevenção geral positiva e a deposita a partir da teoria da coação psicológica (com o fim da intimidação); e ressalta que a prevenção geral positiva aparece na jurisprudência dos Tribunais Superiores, sendo aperfeiçoada na dogmática (cita como exemplo JAKOBS), e revisada pela Criminologia em seus pressupostos empíricos e efeitos.<sup>316</sup>

HASSEMER inicialmente se utiliza do conceito de prevenção geral positiva que destaca da jurisprudência, citando a manifestação do *BVerfG*<sup>317</sup> pela “conservação e fortalecimento da confiança no poder de imposição e resistência do ordenamento jurídico”, e do *BGH*<sup>318</sup> como “conservação da lealdade jurídica do povo”, “a defesa do seu grave prejuízo e o perigo da mentalidade jurídica do povo como consequência da pouca confiança na justiça”.<sup>319</sup> E do lado da literatura, HASSEMER destaca que esta já se despediu da prevenção geral negativa como finalidade da pena, citando a “estabilização ou validade da norma na consciência do povo” e a “defesa do ordenamento jurídico”.<sup>320</sup>

O autor destaca tal cenário como um passo adiante à teoria da intimidação, no qual se vincula a teoria da pena e a teoria do Direito Penal, chegando a uma “imagem aceitável do homem”; ou seja, afirma, o sistema jurídico penal atual não divide mais a população em “bons” e “inclinados ao crime”, mas a vê como um todo e, igualmente, não se faz valer pelo sentimento do medo, mas pelo conhecimento.<sup>321</sup> Tal idéia, afirma, reside na própria teoria do Direito Penal (já exposta pelo autor) de que o sistema jurídico-penal, parte formal do controle social, contribui do seu modo no desenvolvimento cultural e socialização, assim como a escola e os pais, dependente da

<sup>315</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 422.

<sup>316</sup> Ibidem, pp. 422-423.

<sup>317</sup> *Bundesverfassungsgericht* – Tribunal Constitucional Federal alemão.

<sup>318</sup> *Bundesgerichtshof* – Supremo Tribunal Federal alemão.

<sup>319</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 423.

<sup>320</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>321</sup> Ibidem, p. 424.

confiança geral na solidez das normas, em consonância com outras formas de controle social.<sup>322</sup>

#### **2.2.2.1. “Prevenção de integração” e prevenção geral positiva**

HASSEMER se refere aos penalistas que denominam tal conceito de prevenção geral como “*prevenção de integração*”, afirmando que esta denominação apenas expressa as limitações da teoria e afirma que dessa teoria é que surge a sua prevenção geral positiva.<sup>323</sup>

O autor refere-se à prevenção de integração como a teoria que limita a tarefa da pena ao estudo e reconhecimento da norma pelo povo e assegura a validade das normas na sociedade, sendo que estes teóricos igualmente veriam o sistema jurídico-penal como parte do controle social.<sup>324</sup> Mas o que diferencia tal definição da de HASSEMER é que o autor defende que igualmente é tarefa do Direito Penal marcar e observar os limites na participação da formação da norma (social), com cautela e moderação, formalizando o controle social; ou seja, os teóricos percebem tão-somente o fim do Direito Penal material, mas não os fins do Direito Processual Penal que são “instruídos constitucionalmente”, percebem “o ponto de vista político-criminal da criminalização”, mas não o da “descriminalização (a cautela e a tolerância)”, vendo somente o “lado obscuro do sistema jurídico penal”, como “limitador da liberdade”, e não o “mais claro”, como “possibilitador da liberdade”.<sup>325</sup>

#### **2.2.2.2. A ampliação do conceito na prevenção geral positiva hassemeriana**

O autor destaca como o Direito Penal e a pena possuem a tarefa de “afirmar e assegurar publicamente as normas fundamentais que estão no Direito Penal material”, ou seja, delimitar a liberdade civil, mas também o Direito Penal, “limitado a esta tarefa,

---

<sup>322</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 424.

<sup>323</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>324</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>325</sup> HASSEMER, loq. cit.

transmite-se unilateralmente à população”.<sup>326</sup> Por isso, afirma, a sua prevenção geral positiva é estabelecida somente nos dois sentidos, quando ambos os lados (obscuro e claro) apresentam conseqüências na formação social da norma; apenas assim, “Direito Penal e pena serão um exemplo normativamente fundamentado de relação humana com o desvio”.<sup>327</sup>

A partir daí, o autor estabelece uma relação da prevenção geral de sua teoria com a retribuição e a prevenção especial que não existe na prevenção de integração (e isso ocasiona a teorização de uma mensagem exterior de retribuição do ato – no qual o reconhecimento da norma pode ultrapassar limites de proporcionalidade e garantia da dignidade do homem – e a prevenção especial como instrumento de adestramento e adaptação do cidadão às normas jurídico-penais).<sup>328</sup> E na sua teoria da prevenção geral positiva, a idéia de formalização (modelo de relação humana com o desvio) mantém a mensagem de retribuição do ato, sendo o próprio núcleo, e antagônica à idéia de punição desproporcional.<sup>329</sup> A prevenção especial não seria reduzida a uma forma de “*adaptação*”, mas como “forma de relação humana com o desvio, como proposta de responsabilização social face aos delinqüentes”.<sup>330</sup> Somente desta forma, afirma, a prevenção geral positiva pode convencer que Direito Penal e pena respeitam a autonomia do homem, sendo reservado o temor da coação somente em caso extremo; dessa forma, o autor destaca o novo lugar que reserva a retribuição e prevenção especial.<sup>331</sup>

### 2.2.2.3. O problema da confirmação empírica da prevenção

HASSEMER igualmente busca responder as críticas com relação ao insucesso empírico do Direito Penal quando interpretado pelas teorias preventivas. Daí, destaca o fundamento empírico da prevenção geral positiva (sendo que o debatido até então é o

---

<sup>326</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 425.

<sup>327</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>328</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>329</sup> Ibidem, pp. 425-426.

<sup>330</sup> Ibidem, p. 426.

<sup>331</sup> HASSEMER, loq. cit.

fundamento teórico). Em resumo, o autor afirma que ainda é cedo para uma resposta, mas o que se pode fazer são avaliações provisórias.<sup>332</sup>

O autor salienta a diferença de sua prevenção geral positiva das demais teorias preventivas: afirma que a prevenção geral positiva não é uma teoria preventiva estritamente clássica; ou seja, as teorias de prevenção geral negativa e especial positiva precisam insistentemente de comprovação empírica porque uma vez realizada tal comprovação resta legitimada também a pena.<sup>333</sup> Quando se justifica com a intimidação de infratores potenciais e infratores corrigidos, os problemas começam quando as promessas mostram-se falsas ou improváveis, ou, como resume o autor: “*sem eficácia não há justificação*”.<sup>334</sup>

O mesmo não ocorre, segundo o autor, com a prevenção geral positiva, pois essa exigência empírica se dá apenas no aspecto da prevenção de integração – o estudo da norma –,<sup>335</sup> mas não quanto à formalização do controle do crime:

O aspecto da formalização tem caracteres normativos, é simplesmente a mensagem reformulada da teoria da retribuição do ato, que sobrevive inclusive sem a verificação empírica e é ordenado e não encontrado. O fato de que – como padrão de relação humana com o desvio – pode intervir no controle social extra-penal, é apenas uma esperança que se vincula com ele, mas não a sua justificação.<sup>336</sup>

Dessa forma, o autor faz a ressalva de que, apesar do âmbito exterior ao processo de formalização da prevenção geral positiva estar embasado na prevenção (e salienta a existência das questões contra seus fundamentos empíricos semelhantes), não seriam os fundamentos das duas formas de prevenção tão semelhantes, pois a declaração da eficácia empírica ocorre de modo menos acentuado nas teorias da prevenção geral positiva do que nas teorias preventivas tradicionais.<sup>337</sup> Enquanto estas, afirma, devem demonstrar que modificam concretamente o mundo exterior, a prevenção geral positiva se satisfaz com que o sistema jurídico penal apresente alguma

<sup>332</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., pp. 426-427.

<sup>333</sup> Ibidem, p. 427.

<sup>334</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>335</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>336</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>337</sup> Ibidem, p. 428.

colaboração ao controle social geral.<sup>338</sup> O autor, contudo, reconhece que tal afirmação igualmente é empírica e pode ser descartada, mas isso apenas com o decorrer do tempo, mas ainda assim apresentando mais confiança do que as versões da prevenção especial positiva ou geral negativa.<sup>339</sup>

#### **2.2.2.4. A pena como forma de segurança das normas fundamentais**

A partir da conclusão de que autor e vítima não estão sozinhos na realidade penal, e que na verdade, todos os membros da sociedade são atingidos pelo delito, e isso ocorre “mesmo quando o delito não seja perceptível de maneira generalizada”<sup>340</sup>, HASSEMER assevera que a norma protege, na verdade, bens jurídicos:

A lei penal protege os bens jurídicos e, sem esse seu reconhecimento, não poderíamos mais, atualmente, viver em comunidade, em conformidade com nosso entendimento social e de acordo com nossa opinião constituída democraticamente: a segurança fundamental dos pressupostos da dignidade humana, acima de tudo, da vida, da liberdade, da saúde, da honra, da propriedade e das condições necessárias para uma coletivização ao mesmo tempo libertária e exitosa.<sup>341</sup>

Conforme o autor, o crime infringe “mandamentos comportamentais, cujos bens jurídicos pretendem assegurar”, o que não se trata de um problema apenas da vítima, mas de todos os partícipes da sociedade; e, dessa forma, afirma o autor, os mandamentos comportamentais sobrevivem não tão-somente se sua fratura for corrigida pública e enfaticamente, ou seja, quando esclarecemos que não se admitirá o rompimento da norma, mas quando os membros da sociedade condenam tal violação, insistindo no mandamento comportamental e deixando expresso que não permitirão que a negação tenha validade. (fundamental para que os limites à liberdade permaneçam vinculantes).<sup>342</sup>

A pena, portanto, afirma, “se orienta tanto no passado quanto no futuro”, sendo a “resposta corretora para rompimento de uma norma, a qual é irrenunciável para a nossa

<sup>338</sup> HASSEMER, 2005, op. cit., p. 428.

<sup>339</sup> HASSEMER, loq. cit. Também, de forma superficial: HASSEMER, 2008b, op. cit., pp. 13-14.

<sup>340</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 199; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 89.

<sup>341</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 199; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 89.

<sup>342</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., pp. 199-200; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 89.

vida coletivizada; ela não é *l'art pour l'art infinita*, mas um acontecimento que quer assegurar para o futuro a força de existência de uma norma”.<sup>343</sup> Ela deverá, ressalta, “garantir a força da resistência de nossas normas fundamentais”, sendo que aqui está motivo da alta conta atribuída ao Direito Penal na percepção pública, ressaltando HASSEMER que isso é importante principalmente no momento atual, ao qual se caracterizaria pela “erosão das normas” e “mudança de valores”, e dessa forma, afirma, “devem existir locais nos quais se pode tratar publicamente, vinculativamente e com conseqüências sobre a validade das normas gerais”.<sup>344</sup> E, afirma, o sistema penal encarna um deles. Ou seja, o autor ressalta, que “o sistema penal define o cânon dos mandamentos comportamentais fundamentais e irrenunciáveis, e, também os impõe”: tal assertiva marca, salienta HASSEMER, a nova teoria penal, denominada teoria da *prevenção geral positiva*.<sup>345</sup> E elenca importantes conseqüências alcançadas com a ponderação até aqui:

- Os objetivos da pena tais como a recuperação do criminoso e a intimidação da coletividade tem seu lugar, sem sombra de dúvidas, nesse contexto (mesmo sendo ele modesto); pois eles também são meios para a segurança de nossas normas fundamentais;
- A justiça penal é conveniente apenas como um evento público. É vital que ela transmita fiel e claramente à população sua atuação, porque, de outro modo, a estabilização de uma norma seria possível apenas teoricamente, mas não poderia ter sucesso na realidade da vida cotidiana;
- A justiça penal é uma justiça de casos individuais. A culpa é calculada individualmente e é indissolúvel da pessoa do autor do ato delituoso, restando vinculada às suas especificidades; a imputação da pena e sua execução devem corresponder de forma justa ao autor do delito;
- A justiça penal deve ser também presente, justamente em seu tratamento regrado dos casos individuais, já que ela é um local público de debates sobre as normas. Disso decorre, p.ex., que a justiça penal não pode se furtar da tarefa de assumir um posicionamento normativo no caso de uma troca de sistemas. Tribunais e demais outros eventos informais possuem seu valor, mas a justiça penal também tem o seu, ou seja, segurança formalizada da busca da verdade, clareza do caso tratado, obrigatoriedade da decisão.<sup>346</sup>

HASSEMER não desenvolve estas conseqüências além do que já havia analisado. Daqui o autor parte para uma pergunta posterior à conclusão de que a pena asseguraria a solidez das normas fundamentais de nossa sociedade: quais são essas

<sup>343</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 200; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 89.

<sup>344</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 200; HASSEMER, 2007, op. cit., pp. 89-90.

<sup>345</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 200; HASSEMER, 2007, op. cit., pp. 89-90.

<sup>346</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 201; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 90.

normas fundamentais?<sup>347</sup> Esta pergunta surge para o autor manifestar sua posição de que além dos mandamentos comportamentais do Código Penal, também se reúnem as normas de Processo Penal e de Direito Constitucional Penal (salienta que está quase sozinho nessa posição) sob esse conceito; e o autor utiliza-se de um dos exemplos que citou para determinar sua posição: o “processo dos estupradores de criança de Worms”.<sup>348</sup> HASSEMER ressalta como tais absolvições ocorridas no processo não constituem uma injustiça às vítimas do caso, pois simplesmente se basearam no insuficiente material comprobatório, ou seja, não restou evidente a culpa dos acusados; e isso se deu em razão de uma poluição dos resultados do inquérito com a utilização de esclarecedores particulares contra os acusados e que impossibilitaram constatações confiáveis, além da influência sobre as testemunhas infantis; nesse momento, afirma, porque “foram afastadas as normas que deveriam orientar a busca formalizada da verdade no inquérito penal”.<sup>349</sup> O autor defende tais normas como de vital importância para o Direito Penal, tendo em conta que a busca pela verdade no processo é um caminho doloroso para os envolvidos, e que ela pode violar os direitos dos seres humanos, adota-se precauções no Direito Processual Penal; e, dessa forma, o processo de Worms mostra que de nenhuma maneira negou-se a possibilidade de abuso sobre as mesmas.<sup>350</sup>

#### **2.2.2.5. A teoria hassemeriana influenciada por Émile Durkheim e Georg Wilhelm Friedrich Hegel**

HASSEMER passa a analisar a realidade normativa a partir do que é levantado pelas ciências sociais e sua descrição sobre o significado da pena. Os sociólogos, defende, destacam como as penas paradoxalmente nos mantém unidos em sociedade e nos permitem diferenciar-nos entre os membros dos grupos sociais, ou ainda, permite que desenvolvamos uma consciência sobre o local ao qual pertencemos, criando uma

<sup>347</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 202; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 90.

<sup>348</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., p. 202; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 91.

<sup>349</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., pp. 202-203; HASSEMER, 2007, op. cit., p. 91.

<sup>350</sup> HASSEMER, 1999b, op. cit., pp. 203-204; HASSEMER, 2007, op. cit., pp. 91-92.

espécie de pátria social e normativa; as penas demonstram os valores e as regras de convívio das quais as pessoas não querem ou não podem se desprender.<sup>351</sup>

HASSEMER destaca a parte do pensamento de DURKHEIM que afirma que foi necessária à criação das penas para que pudéssemos, diante de comportamentos socialmente desviados (infrações normativas), concomitante e paradoxalmente, lutar contra eles e dar-lhes boas vindas (mostram as opções de vida à sociedade, mantendo a proporcionalidade), sobretudo como uma oportunidade para reafirmar continuamente nossas normas, criando e cuidando da *conscience collective*, isto é, nossa “*consciência geral e comum*”.<sup>352</sup> Isso significa, afirma HASSEMER, que ainda que nossas consciências fossem puras como a neve ou as freiras de um convento, permaneceríamos “identificando e diferenciando nossas normas de outras”, identificando até a menor desviação, para que se possa sancioná-la e assegurar o conforto e a segurança em sociedade de acordo com as nossas consciências.<sup>353</sup>

O autor ressalta que os grupos sociais se identificam pelas normas sociais aos quais atribuem validade, elas constituem o elemento diferenciador destes grupos; ou seja, o que define um sujeito como elemento de um grupo social está atrelado ao que considera normativamente certo e errado, bom e mau.<sup>354</sup> HASSEMER salienta como pode ser extensa dimensão do que compreende normas sociais, incluindo aí, desde músicas, estilo de vestimentas e de linguagem até as formas de comportamento adequado, etiqueta e etc; dessa forma, descreve, as normas se tornam a pauta que nos individualiza, distinguindo-nos dos demais, ao mesmo tempo que nos une e nos mantém “seguros e fortes”.<sup>355</sup> As infrações personificam para HASSEMER uma ameaça à união do grupo, sendo esta dirigida à nossa consciência, a essência de nossa socialização, e isso faz-na merecer nossa atenção, com a sanção.<sup>356</sup>

Apoiando-se nas ciências sociais, o autor destaca que o ato da sanção não indica apenas que a lesão normativa obtém uma resposta, mas resulta no ato de evidenciar a obrigação de respeitar a norma; ela anuncia a todos os membros da

<sup>351</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., pp. 17-18.

<sup>352</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>353</sup> Hassemer deixa evidente como tenta interligar nossas experiências cotidianas com as penas e demonstrar como se encontram vinculadas. Ibidem, pp. 18-19.

<sup>354</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>355</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>356</sup> Ibidem, pp. 19-20.

sociedade envolvidos diretamente no fato ou não que a sanção sempre se fará presente diante de uma infração da norma.<sup>357</sup> HASSEMER afirma que se envia uma mensagem: a infração normativa não é mais que mero fato, ela não perdurará, não será soberana, será rechaçada; e a forma correta de denominar essa forma de validade da norma se dá pela expressão *contrafática* (que demonstra qual o sentido de sancionar as infrações normativas).<sup>358</sup>

Isso ocorre, segundo o autor, pois, uma vez que as leis do mundo exterior perdem sua validade diante de uma lesão (a lei do mundo natural que é questionada mostra-se equivocada), isso não ocorre nas leis que têm por base critérios normativos, e de forma semelhante, nas normas sociais; em outras palavras, diante de um roubo cometido, a proibição de roubar não se mostra equivocada, não é rechaçada, mas é fortalecida (e este apontamento persiste, afirma, mesmo diante do caso da propagação do ato do roubo, desrespeitando a proibição de roubar).<sup>359</sup> Ora, ressalta HASSEMER, se todas as pessoas deixassem de incorrer em tal conduta, chegaria a um momento que a proibição de roubar restaria obsoleta, deixando de ter força e correndo o risco de se extinguir com o decorrer do tempo, como, por exemplo, ocorreu com o canibalismo, já que não se conhece um número determinado de pessoas que propicie o fortalecimento contrafático do canibalismo, o que, como afirma, é felizmente para nós, mas infelizmente para a validade fática desta proibição.<sup>360</sup> Neste momento, estes casos caíram no esquecimento, contudo, somente neste momento, por isso, são mantidas essas proibições, uma vez que não seria possível justificar seu desaparecimento de um ponto de vista normativo, mesmo não encontrando nenhuma pessoa que a infrinja.<sup>361</sup>

A partir desse ponto, aponta HASSEMER, se chega ao momento no qual se debate o sentido da pena nos últimos séculos: “retribuição e expiação contra intimidação e reabilitação, clássicos contra modernos, teorias da pena repressivas contra preventivas, teorias absolutas contra relativas e, enfim, todas estas juntas, como em um jogo de dados, contra a teoria unitária”.<sup>362</sup> O autor relembra a luta de escolas do

---

<sup>357</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 20.

<sup>358</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>359</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>360</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>361</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>362</sup> Ibidem, pp. 21-22.

século passado a qual não produziu nada de positivo, tendo-se apenas se propagado.<sup>363</sup>

HASSEMER destaca a importância do diálogo entre a teoria da pena, em seu sentido e fim, com a práxis da aplicação da punição, ressaltando que os teóricos falham nessa parte, ainda que as concepções possam demonstrar-se muitas vezes esotéricas, dissociadas da realidade do mundo ordinário.<sup>364</sup> O autor critica o fato de que se mantiveram afastadas das experiências punitivas pretéritas e das próprias ciências empíricas<sup>365</sup>. Dessa forma, ocorre no mundo real a execução de todos os tipos de penas, passando ao largo das teorias (e suas disputas) de retribuição e prevenção, entre clássicos e modernos e muitas vezes o sentido da pena é uma justificação para o distanciamento entre a teoria e a práxis.<sup>366</sup> Por outro lado, afirma, observando a prática das punições no cotidiano da sociedade, assim como os apontamentos das ciências empíricas, percebe-se bons resultados, que podem servir como ponte para a teorias da pena dentro da ciência do Direito.<sup>367</sup>

HASSEMER remonta a HEGEL, interligando sua fórmula clássica do sentido da pena como a “*negação da negação do Direito*” à sua descrição da punição na experiência da vida cotidiana e nas fórmulas das ciências sociais modernas.<sup>368</sup> O autor afirma que as palavras de HEGEL são confirmadas seja em uma ou em outra: esta expressão está correta segundo ele, uma vez que, diante de um roubo, não está em jogo apenas o interesse por parte do ladrão, ou de um caluniador, ou de um defraudador em lesionar um bem alheio, ao qual resulta em uma infração normativa, mas consiste igualmente em uma agressão contra a “espera de expectativas”, ou seja, a proibição de cometer condutas específicas.<sup>369</sup>

Segundo o autor, até mesmo os próprios infratores em certo ponto igualmente se interessam na manutenção da vigência do ordenamento jurídico: o ladrão quer permanecer com o objeto que roubou, o defraudador que conservar os ganhos obtidos e quem comete uma injúria não deseja ser respondido com uma agressão contra si; ou

---

<sup>363</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 22.

<sup>364</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>365</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>366</sup> Ibidem, pp. 22-23.

<sup>367</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>368</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>369</sup> Ibidem, pp. 23-24.

seja, a delinqüência observada, afirma, não constitui autores por convicção ou revolucionários que desejam questionar o ordenamento com suas infrações.<sup>370</sup> Contudo, independentemente disso, há por consequência a lesão da norma e a negação da vigência desta; e isso, afirma o autor, não é tudo, uma vez que debilitam a confiança dos demais na vigência da norma, demonstrando que esta é suscetível de ser infringida.<sup>371</sup> E por isso, através do ponto de vista dos demais membros fica evidente como se deve demonstrar que diante de uma infração normativa segue automaticamente uma resposta; isso serve para demonstrar que a norma “não se conforma” ao ser infringida, ou seja, “à negação da norma deve seguir de imediato uma negação dessa negação”, para que decidamos que no futuro não renunciaremos à norma infringida hoje.<sup>372</sup>

A pena que segue à infração da norma “nega a lesão da norma” que, por sua vez, havia negado a norma, e HASSEMER aponta que aqui a sanção adquire sentido: “não se trata do paraíso dos conceitos filosóficos, mas de um acordo realizado no marco da relação normativo-social e que se reflete nas normas que devem reger entre nós”.<sup>373</sup> Assim, continua, a agressão ou lesão normativa “não tem razão em si mesma”, sendo “nula do ponto de vista normativo e insustentável por si mesma”, e por este motivo, afirma HASSEMER, é “sancionada e negada” com a aplicação da punição; HASSEMER, então, defende que a sanção, proporcional à infração normativa, detém a capacidade para restabelecer a vigência da norma violada.<sup>374</sup>

A perspectiva científico-social considera as experiências dos seres humanos, afirma HASSEMER, e “fundamenta-se especificamente nas relações entre eles”; ressalta que não se trata de uma “*contradição abstrata*” entre as teorias retributivas e preventivas, mas de “uma relação fundamental entre a norma, sua lesão e a sanção como restabelecimento da norma, ou seja, uma relação que também é retomada por nossas experiências na vida cotidiana”.<sup>375</sup> HASSEMER classifica sua concepção de sentido da pena como uma variante da prevenção geral positiva e afirma que ela

---

<sup>370</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 24.

<sup>371</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>372</sup> HASSEMER, loq. cit.

<sup>373</sup> Ibidem, pp. 24-25.

<sup>374</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>375</sup> HASSEMER, loq. cit.

consegue esclarecer o sentido da pena ao mesmo tempo em que a conecta com as experiências vivenciadas pelos seres humanos nas suas vidas cotidianas e não apenas isso, mas igualmente justificar a pena e estabelecer limites para a mesma.<sup>376</sup>

#### **2.2.2.6. A identificação da justificação punitiva**

HASSEMER argumenta que se infração normativa e sanção estão relacionadas da forma como descreve, a justificação da pena já foi quase obtida, uma vez que aplicada esta fórmula, então a sanção torna-se inevitável em qualquer lugar no qual for infringida uma norma, isso, obviamente, se se deseja manter tal norma.<sup>377</sup> O que o autor deseja afirmar é que a “*própria norma*” é o que justifica a sanção (diante da sua lesão), ou seja, caso a infração de uma norma permaneça sem alguma forma de resposta que a possa corrigir (ou sancionar), a infração persiste como palavra final, acarretando conseqüências para a vigência daquela norma.<sup>378</sup> Diante da ausência de respostas às lesões, a comunidade verá a lesão, afirma, como algo praticamente normal ou aceito, generalizando uma impressão de que o prevailecimento da ordem jurídica não interessa (reduzindo-nos a meros espectadores de infrações normativas), sendo que HASSEMER exemplifica com os Estados nos quais os sistemas políticos lesionam sistematicamente os direitos humanos de seus cidadãos.<sup>379</sup> Diante da ausência de uma resposta corretiva pública às lesões do ordenamento jurídico, ressalta, governa o sistema de impunidade e triunfa uma vez mais esses atentados, envenenando as relações entre os homens e o Estado e as normas e o Direito Penal; isso constitui o núcleo do assunto, como afirma, que justifica a sanção que corrige a norma e a imposição de uma pena pelo cometimento de um delito.<sup>380</sup>

HASSEMER faz nova referência a HEGEL, ressaltando que a agressão que a infração comete à vigência da norma e o restabelecimento da mesma pela sanção abrangem as noções teóricas de “*normas*” e “*sua vigência*”, e também de “*conceitos*” e “*sistemas*”, assim como de “*exatidão*” e “*precisão*”, permitindo que as teorias do sentido

<sup>376</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 25.

<sup>377</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>378</sup> HASSEMER, loq cit.

<sup>379</sup> HASSEMER, loq cit.

<sup>380</sup> HASSEMER, loq cit.

e do fim da pena se tornem extremamente valiosas, cruzando “a ponte que leva à realidade”; e o autor passa a analisar o conceito determinado pela palavra “*realidade*”.<sup>381</sup> Afirma que tal termo, sempre quando utilizado, compreende representações e sensações, conhecimento e vontade, ou seja, parte cognitiva e emotiva da pena acerca de todos que entram em uma relação para com a punição, desde os que aplicam, aos que a sofrem e até mesmo os que estão em volta.<sup>382</sup> Conforme o autor, o processo de sancionar na vida cotidiana envolve muitos, incluindo, mesmo que de forma transitória, aqueles que não protagonizam o fato: tal processo (através do qual se aplica a punição) se torna em grande parte público, envolvendo todos os que estão interessados.<sup>383</sup> O autor ressalta como essa participação se dá através de diversas formas: uma forma direta, pela intervenção ou somente pelo acompanhamento.<sup>384</sup>

O intento de HASSEMER é mostrar que sancionar sempre envolverá o interesse dos partícipes da sociedade; ou seja, não apenas autores e vítimas, juízes e defensores, executores e agentes judiciais, filhos, cônjuges e irmãs estão relacionados com o fenômeno da punição, mas também está associado aquele que noticia sua aplicação nos meios de comunicação ou mesmo aquele que não possui qualquer ligação com a aplicação da sanção – todos eles possuem um grau de participação na punição –; o mero espectador dará a sua contribuição, ainda que na proporção de um grão de areia, sempre no que toca ao sentido da pena.<sup>385</sup>

A conclusão do autor é de que a questão acerca das representações e das sensações se dirige diretamente a nós sempre no que diz respeito às penas. Dirige-se ao que HASSEMER denomina “realidade das penas”.<sup>386</sup> O sentido e o fim da pena, afirma, se encontram nas mentes e corações daqueles nos quais é aplicada, contudo, também aqueles que se mantêm distantes participam no marco de sua imposição.<sup>387</sup> HASSEMER afirma que correção, intimidação e “restabelecimento da norma infringida”

<sup>381</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 27.

<sup>382</sup> HASSEMER, loq cit.

<sup>383</sup> Hassemer exemplifica com o sujeito que lê um periódico. Ibidem, p. 28.

<sup>384</sup> Ibidem, pp. 27-28.

<sup>385</sup> “Este sujeito terá, igualmente aos demais, sua própria opinião acerca de cada um dos inumeráveis processos existentes para impor sanções, a respeito dos quais não tem um conhecimento específico”. Ibidem, p. 26.

<sup>386</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>387</sup> Ibidem, p. 29.

não são conceitos opostos mas complementares, sendo que o próprio conceito de correção, ressalta, é vazio de conteúdo quando desvinculado da idéia de prevaecimento da norma lesionada, igualmente ao que ocorreria se a intimidação estivesse desvinculada de uma idéia de alcançar uma vida melhor.<sup>388</sup> Dessa forma, ressalta, correção e intimidação seriam complementares entre si.<sup>389</sup>

---

<sup>388</sup> HASSEMER, 2003b, op. cit., p. 29.

<sup>389</sup> HASSEMER, loq cit.

### CAPÍTULO 3

## PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E A ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE GÜNTHER JAKOBS E WINFRIED HASSEMER

*A tarefa preliminar da análise filosófica é, portanto, aquela de esclarecer, no plano meta-teórico e naquele meta-ético, os vários estatutos epistemológicos dos problemas expressos por meio da questão “por que punir?”, bem como das suas diversas soluções.*<sup>390</sup>

Luigi Ferrajoli

### 3.1. Noções introdutórias sobre a prevenção geral positiva

A noção de prevenção geral positiva surge como a última teoria (re)elaborada para buscar a justificação do *ius puniendi* com o objetivo de superar as críticas que fragilizaram as formas de prevenção anteriores.

Como forma de definição genérica da prevenção geral positiva encontrada na literatura destacam-se várias definições, nas quais a ameaça-imposição da pena possui o objetivo de: “manter ou fortalecer a confiança da população no caráter inquebrantável do Direito e na proteção do ordenamento jurídico diante de ataques delitivos” ou “a confiança na força de manutenção e de efetividade da ordem jurídica”<sup>391</sup>; “restabelecer a confiança institucional dos membros da comunidade”, ou “preservar a estabilidade do sistema e a integração social, exercitando assim o reconhecimento e a fidelidade ao Direito”<sup>392</sup>; “efeitos de ‘confiança’, ‘aprendizagem’ e de ‘integração verdadeira e própria””, ou “com a tutela da confiança geral na validade e vigência das normas do ordenamento jurídico”<sup>393</sup>; “fortalecer à coletividade em sua consciência jurídica e educá-

---

<sup>390</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 298.

<sup>391</sup> STRATENWERTH, GÜNTER. **Derecho penal**. Parte general I: el hecho punible. Traducción Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, 2005, p. 36.

<sup>392</sup> RIGHI, Esteban. **Teoría de la pena**. Buenos Aires: Hamurabi, 1991, pp. 39-40.

<sup>393</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Portugal: Coimbra Editora, 2004, pp. 49 e ss.

la à obediência ao Direito<sup>394</sup>; “evitação de delitos [...] mediante a afirmação do Direito, positivamente: mediante a afirmação positiva das convicções jurídicas fundamentais, da consciência social da norma, ou de uma atitude de respeito ao Direito”, ou “reação estatal contra fatos puníveis em favor de um apoio e um auxílio para a consciência normativa social, a afirmação e asseguramento das normas fundamentais<sup>395</sup>; “perseguir a estabilização da consciência do Direito<sup>396</sup>; “reforço da fidelidade para com o Direito e, com isso, a disposição ao cumprimento das normas jurídicas<sup>397</sup>; a “conservação e o reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico”, ou “demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico ante a comunidade jurídica e assim reforçar a confiança jurídica do povo<sup>398</sup>; “como valor simbólico, produtor de consenso, e, portanto, reforçador de sua confiança no sistema social em geral (e no sistema penal em particular)<sup>399</sup>; “fortalecedora da lealdade normativa dos cidadãos<sup>400</sup>; “afirmar por meio da pena a consciência social da norma, confirmar a vigência da norma<sup>401</sup>; “satisfazendo a consciência jurídica geral mediante a afirmação das valorações da sociedade<sup>402</sup>; enfim, são numerosas referências que estabelecem definições muito semelhantes.

De forma mais aprofundada destaca-se o desenvolvimento de ROXIN, que ressalta que a prevenção geral positiva em verdade possuiria três (sub) fins e efeitos

<sup>394</sup> JESCHECK, Hans-heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte General. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 60.

<sup>395</sup> GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**: introducción. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1995, pp. 89-90.

<sup>396</sup> BUSTOS, Ramírez, Juan J; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Parte general. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 63.

<sup>397</sup> MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**. Parte General I. Teoría del derecho penal y estructura del hecho punible. Actualizada por Heinz Zipf. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 87.

<sup>398</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas, 2006, p. 91.

<sup>399</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. São Paulo: Revan, 2003, p. 121.

<sup>400</sup> VON HIRSCH, Andrew. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. In: ARROYO ZAPATERO, Luiz. NEUMANN, Ulfrid. NETO, Adam M. **Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. El Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Cuenca, 2003, p. 129.

<sup>401</sup> MIR PUIG, Santiago. Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva. In: BUSTOS, Ramírez, Juan (Dir.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago del Chile: Editorial *jurídica ConoSur*, 1995, p. 52.

<sup>402</sup> MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito em el estado social y democrático del derecho**. 2ª edición revisada. Barcelona: BOSCH, 1982, p. 31.

distintos mas entrelaçados entre si: em primeiro lugar, o “efeito de aprendizagem, motivado sócio-pedagógicamente”; em segundo, o “exercício na confiança do Direito, originado na população com a atividade da justiça penal derivado do efeito de confiança que surge quando o cidadão vê que o Direito é aplicado”; e, por último, o “efeito de pacificação”, produzido quando a consciência jurídica geral é tranqüilizada com a existência da sanção (este último utilizado na prevenção integradora).<sup>403</sup>

MIR PUIG efetua uma divisão distinta da teoria da prevenção geral positiva: a prevenção geral positiva fundamentadora (ampliatória) e a prevenção geral positiva limitadora.<sup>404</sup> Na primeira forma, a prevenção geral positiva, em seu sentido fundamentador, trata-se da concepção que atribui ao Direito Penal a missão de conformação de valores morais na coletividade, o que remonta a WELZEL e sua função ético-social do Direito Penal: a teoria welzeliana afirmava que o Direito Penal não deve ser limitado na evitação de certas condutas danosas ou perigosas, pois deve perseguir um fim de maior alcance, qual seja o de influir na consciência ético-social do cidadão, sua atitude interna diante do Direito.<sup>405</sup> Nessa versão, a prevenção geral positiva busca prevenir a destruição ou o pôr-em-perigo da consciência ético-social e a atitude jurídica dos cidadãos (MIR PUIG rememora que WELZEL afirmava que a melhor forma de prevenir a lesão aos bens jurídicos em longo prazo era através da proteção desses valores); e outro autor que MIR PUIG destaca dentro desse modelo é JAKOBS, que, como WELZEL, refuta a noção de proteção dos bens jurídicos, contudo, com alterações através da influência de LUHMANN, parte da idéia da estabilização social mediante a institucionalização das expectativas sociais.<sup>406</sup>

Como representantes da teoria da prevenção geral positiva limitadora, MIR PUIG destaca HASSEMER, ZIPF e ROXIN.<sup>407</sup> Em relação ao primeiro, MIR PUIG destaca a noção defendida sobre um Direito Penal como forma de controle social caracterizado

<sup>403</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas, 2006, pp. 91-92.

<sup>404</sup> MIR PUIG, 1995, op. cit., p. 52. E já apontada na doutrina nacional por Bitencourt: BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 144 e ss.

<sup>405</sup> MIR PUIG, 1995, op. cit., p. 52.

<sup>406</sup> Mir Puig observa que Hassemer identifica a teoria de Welzel como um modelo limitador. MIR PUIG, loc. cit.

<sup>407</sup> Ibidem, p. 53.

pela sua formalização, no sentido de limitar a intervenção penal através de uma vinculação normativa.<sup>408</sup> Assim como HASSEMER, os autores ZIPF e ROXIN igualmente desenvolveram um sentido limitador para a prevenção geral positiva, sendo que tais autores efetuaram críticas contra a elevação excessiva das penas em função da prevenção intimidatória, desenvolvendo concepções no sentido de limitar tais excessos: para ZIPF, a noção de fidelidade ao Direito dos cidadãos limitaria o conceito em voga de defesa à ordem jurídica; ROXIN se utilizou da culpabilidade no conceito de prevenção geral positiva para impor limites à punição embasada em fins preventivos.<sup>409</sup>

No que diz respeito às origens da prevenção geral positiva, a doutrina destaca a teoria sociológica de DURKHEIM<sup>410</sup>. Destaca GÜNTHER que o sociólogo, em 1930 já colocava em questão as justificativas tradicionais da pena de até então (sua capacidade de intimidar terceiros ou regenerar delinqüentes), afirmando que a pena não serviria, ou apenas de modo secundário, “à correção do culpado ou à intimidação de possíveis imitadores”.<sup>411</sup> A punição a partir desses dois pontos de vista seria duvidosa quanto a sua eficácia; e, a partir desse momento, DURKHEIM começou a investigar uma suspeita, diante do paradoxo da desproporção entre a clara ineficácia da pena e a persistência da demanda pela mesma.<sup>412</sup> O sociólogo levanta a questão de “por que tantas pessoas se aferram à pena, mesmo quando ela não atinge os objetivos pretendidos”; e sua suposição foi de que a pena produziria “algum efeito sobretudo sobre as pessoas que não estão em risco de cometer nenhum ilícito penal e que acreditam na pena”.<sup>413</sup>

A partir daí DURKHEIM afirmará que a pena tem um importante efeito sobre a sociedade (“terceiros em realidade não envolvidos no ato, que tampouco necessitam de intimidação em razão de potenciais inclinações à delinqüência, mas que são, ao contrário, respeitadores da lei”): a constatação do sociólogo é que a verdadeira tarefa da pena reside na manutenção da coesão social, “na medida em que conserva a plena

<sup>408</sup> MIR PUIG, 1995, op. cit., pp. 53-54.

<sup>409</sup> MIR PUIG, 1995, op. cit., pp. 54-55.

<sup>410</sup> Utiliza-se o esboço de Günther, mas para o estudo em detalhes: DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 (Coleção Tópicos), pp. 39 e ss.

<sup>411</sup> GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. **Revista Direito GV**, São Paulo, FGV v.2, n.2, jul./dez. 2006, p. 199.

<sup>412</sup> GÜNTHER, 2006, op. cit., p.199.

<sup>413</sup> GÜNTHER, loq. cit.

vitalidade da consciência coletiva”.<sup>414</sup> Através da punição, os “bons cidadãos [aqueles que já partilham valores sociais] comemoram suas convicções axiológicas comuns”, confirmando e reforçando que “estão todos juntos do lado certo e que ainda vale a pena aferrar-se aos valores comuns e que aqueles que se comportam de modo desviante estão do lado errado”.<sup>415</sup> E seria este o motivo também de o crime ser, pelo contrário, “necessário para a integração da sociedade”, uma vez que será através do teatro penal que a sociedade reativa e reestabiliza constantemente sua própria consciência coletiva.<sup>416</sup>

Somente assim normas e valores comuns não cairão no esquecimento, ou tornar-se-ão frágeis, havendo o risco de desintegração da sociedade; e o autor ressalta isso em relação às sociedades modernas, que estão organizadas pela divisão do trabalho: nas sociedades modernas, “a solidariedade orgânica dominante apóia-se principalmente em cooperações convencionadas contratualmente”.<sup>417</sup> As violações na solidariedade orgânica seriam compensadas através do Direito Civil (indenização dos prejuízos); assim, tais sociedades limitariam o âmbito do Direito Penal em favor do Direito Civil, correndo o risco de se desintegrar.<sup>418</sup> Isso ocorre, conforme o autor, quando um núcleo de convicções axiológicas partilhadas, no qual se centra a consciência coletiva, não é mantido vivo; dessa forma, a sanção repressiva criminal (constitutiva para o estágio pré-moderno da solidariedade mecânica), “reativa constantemente, em casos dramáticos individuais, esse centro de valores interno de uma sociedade” – e essa justificativa da pena, visando efeitos positivos sobre a coletividade, aparece em diferentes variações.<sup>419</sup>

No que diz respeito às concepções presentes na atualidade, GIL destaca três diferentes proposições: uma prevenção geral positiva que “pretende a *reafirmação psicológica da consciência da norma* relacionada com um *funcionalismo político-criminal teleológico* que parte da *função protetora de bens jurídicos* do Direito Penal e limita os fins da pena à *prevenção geral e especial*” (ROXIN); uma prevenção geral

---

<sup>414</sup> GÜNTHER, 2006, op. cit., p. 199.

<sup>415</sup> GÜNTHER, loq. cit.

<sup>416</sup> GÜNTHER, loq. cit.

<sup>417</sup> GÜNTHER, loq. cit.

<sup>418</sup> GÜNTHER, loq. cit.

<sup>419</sup> GÜNTHER, loq. cit.

positiva “*sem pretensão de efeito psicológico nenhum*, mas entendida unicamente como um *processo de comunicação* em que a norma penal (à pena) se lhe adjudica o significado de *afirmação da vigência das normas primárias*” (JAKOBS); e por último, uma prevenção geral positiva entendida como “*reafirmação no juízo dos cidadãos de valores ético-sociais contidos nas normas*, associada a uma concepção de Direito Penal como *protetor dos bens jurídicos* e de suas normas como normas de determinação”, além disso, “dito efeito preventivo geral positivo somente se consegue mediante a *prévia afirmação do valor* através da imposição da pena justa” (HASSEMER).<sup>420</sup>

Estas noções introdutórias apresentam um panorama superficial, mas que tem como objetivo oferecer um vislumbre sobre a prevenção geral positiva para que se possa adentrar nas concepções dos autores em estudo.

### **3.2. A estrutura comum da prevenção geral positiva em Günther Jakobs e Winfried Hassemer: análise crítica**

Posteriormente à apresentação dos fundamentos teóricos dos autores em análise, o presente tópico tem como objetivo apresentar algumas críticas aos conceitos que constituem pilares da prevenção geral positiva. Contudo, nesse primeiro momento, apenas as noções que compreendem características concomitantemente nas teorias de JAKOBS e HASSEMER.

#### **3.2.1. A insuficiência da idéia de pena como “*meio de comunicação*” para justificar a punição estatal**

Um dos baluartes da teoria da prevenção geral positiva e constantemente utilizada por JAKOBS e HASSEMER é a noção de comunicação de uma mensagem aos membros da sociedade no momento da punição estatal. Ainda que haja uma construção bem formada, tal noção apresenta uma falha fundamental.

---

<sup>420</sup> GIL, Alicia Gil. Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal. In: RIPOLLÉS, José Luis Díez et al (ed.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 9-10.

GÜNTHER chama a atenção sobre a mesma quando assevera que, considerando que na teoria da prevenção geral positiva (como uma das variantes mais modernas da teoria da retribuição), a inflicção do mal pelo Estado é interpretada como (“reduzida a”) um meio de comunicação, os seus defensores se isentam em explicar *por que* as mensagens (sejam quais forem) “precisam ser comunicadas justamente por meio da pena estatal”; essa questão, afirma o autor, permanece em aberto.<sup>421</sup> O conteúdo enviado através da punição pode ser comunicado através de diversos atos performativos: “uma condenação em um processo público formalizado de determinação dos fatos e de imputação”, como afirma, ou através de qualquer sanção jurídica; isto é, enviar uma mensagem através de um procedimento administrativo, ressalta, implica menor custo humano e incursão menos grave nos direitos humanos.<sup>422</sup> Dessa forma, o nexo entre mensagem e meio de comunicação se dá de forma contingente, permanecendo sem comprovação sobre “uma *relação necessária*” entre ambos os conceitos.<sup>423</sup>

O autor ressalta de forma coerente que somente se e na medida em que ficasse constatado que os destinatários da norma penal “já *tenham aprendido*” a linguagem da pena é que será possível compreender por qual razão as mensagens transmitidas devem ser transmitidas dessa forma aliado à condição de serem incapazes de imaginar qualquer outra linguagem de forma não tão invasiva para a transmissão da mensagem. Dessa forma, aparece que a teoria da prevenção geral positiva simplesmente incorpora a realidade da pena, mas não consegue fornecer uma justificação para ela, sendo especialmente válido quando se dá por conta que a pena constitui apenas um meio dentre tantos outros para operar um treino no reconhecimento da norma.<sup>424</sup>

GÜNTHER questiona: “por que então não buscar alternativas melhores e mais eficazes?”<sup>425</sup> A qual se completa: e com menores custos sociais? Relembrando as proposições de HASSEMER de que “a pena e o Direito Penal devem, por meio de sua formalização no Estado de Direito, ser transmitidos socialmente como um padrão de trato humanitário com a adequação à norma e, nesta medida, basear-se na autonomia

<sup>421</sup> GÜNTHER, 2006, op. cit., p. 201.

<sup>422</sup> GÜNTHER, loq. cit.

<sup>423</sup> GÜNTHER, loq. cit.

<sup>424</sup> GÜNTHER, loq. cit.

<sup>425</sup> GÜNTHER, loq. cit.

dos homens”, GÜNTHER levanta a questão de que se for essa mensagem a ser transmitida aos homens há que se questionar se tal mensagem depende da punição estatal como forma de transmissão, ou seja, como argumenta, homens autônomos, dotados de racionalidade, “não precisam que se dirijam a eles por meio da pena para que possam perceber que em uma sociedade democrática e com Estado de Direito deve-se tratar comportamentos desviantes de maneira a respeitar a dignidade humana”; e, para isso, afirma GÜNTHER, bastariam boas razões.<sup>426</sup>

### 3.2.2. A insuficiência do conceito de “estabilização de expectativas” para constituição de uma finalidade da pena

O segundo conceito a se destacar como recorrente nas teorias da prevenção geral da positiva de ambos autores, sendo citado principalmente por JAKOBS quando refere-se à finalidade da pena, é a idéia de *estabilização de expectativas*.

Contudo, a grande questão a se destacar é “o porquê da necessidade de se estabilizarem as expectativas normativas por meio de um instrumento tão violento que é a pena criminal”<sup>427</sup>, ou, de forma diferente, não cumpririam com a finalidade de estabilização das expectativas normativas outros ramos jurídicos que não a punição? JAKOBS e HASSEMER não respondem essa questão. Assim, permanece a observação de BOZZA de que existem outros meios que não a pena criminal para restabelecer o ordenamento jurídico.<sup>428</sup>

SCHÜNEMANN rememora a proposição de JAKOBS de que a afirmação do autor deve ser marginalizada por meio de outra afirmação (em contrário) que constitui a pena, ou seja, “a pena é a resposta ao fato, o que, por seu lado, deve ser entendido

<sup>426</sup> GÜNTHER, 2006, op. cit., p. 201.

<sup>427</sup> Crítica ressaltada na doutrina nacional por Bozza em: BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica sobre a prevenção geral positiva de Günther Jakobs. **Revista de Estudos Criminais**, n.26, jul./set. 2007, p. 206; BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.16, n.70, jan./fev. 2008, p. 57. O autor aponta a lição de Silva Sánchez quando afirma que a escolha pela via penal se daria por um suposto menor custo. Elaborado por Silva Sánchez em: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro. Barueri: Manole, 2004 (Estudos de Direito Penal; V. 11), p. 53; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiencia y derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Política criminal y persona**. Buenos Aires: AD-HOC, 2000, p. 75.

<sup>428</sup> BOZZA, 2007, op. cit., p. 206; BOZZA, 2008, op. cit., 57.

como um protesto em contra da vigência da norma”, contudo, lembrando igualmente que a esmagadora maioria das lesões normativas não são submetidas a castigo.<sup>429</sup> Esse problema da direta vinculação entre lesão normativa não é equívoco novo, já sendo visto em KANT,<sup>430</sup> quando afirma que:

[...] o merecimento de pena (destacado em KANT) acompanha a lesão de uma lei moral (de tal maneira que) a pena é um mal físico que deve ser unido com o moralmente ruim, se bem não como consequência natural, sim como consequência de acordo aos princípios de una legislação moral.<sup>431</sup>

Nesse sentido, continua a crítica do autor, quando afirma que o que é “compensado através da pena é a lesão do mandato como tal e não uma determinada dignidade da proibição em questão de cujas propriedades específicas possa derivar a consequência da pena”.<sup>432</sup> O autor relembra igualmente a fórmula hegeliana (citada por JAKOBS e HASSEMER) da “negação da negação do direito”, censurando que essa fórmula é desenvolvida como simples “consequência da lesão de uma norma jurídica”, e, dessa forma, “não pode explicar justamente o específico do Direito penal estatal”.<sup>433</sup>

SCHÜNEMANN ressalta que sequer os esforços do neo-idealismo no desenvolvimento de um “*conceito filosófico de delito*” não superaram tal impasse, e atribui isso à dedução lógica da teoria absoluta, pois essa conduz novamente à pena como simples *lesão da norma*, tratando-se “do simples restabelecimento abstrato de sua ‘vigência’”.<sup>434</sup> Nesse caso, “a limitação à norma penal significa uma redução externa e não uma limitação traçada já de maneira conceitual na mesma teoria absoluta da pena”; e o autor salienta que enquanto se agregue apenas a noção de “má vontade” como outra característica do conceito de delito ao lado de lesão normativa permanecerá “sem uma limitação material do delito como conduta socialmente danosa qualificada a diferença da simples lesão da norma”.<sup>435</sup>

<sup>429</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Aporias de la teoría de la pena ena la filosofía: pensamientos sobre Immanuel Kant. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, N.º. 2, abril, 2008, p. 6.

<sup>430</sup> SCHÜNEMANN, 2008, op. cit., 6.

<sup>431</sup> SCHÜNEMANN, loq. cit.

<sup>432</sup> SCHÜNEMANN, loq. cit.

<sup>433</sup> SCHÜNEMANN, loq. cit.

<sup>434</sup> Ibidem, pp. 6-7.

<sup>435</sup> Ibidem, p. 7.

### 3.2.3. A superficialidade do conceito de “estabilização de expectativas” diante da teoria das cifras negras da criminalidade

Importante lembrar que no discurso de JAKOBS e HASSEMER sobressai ainda que de forma bastante discreta (talvez nem tanto) um determinado discurso de emergência bastante recorrente nas teorias do cotidiano: a erosão normativa. Alegam – JAKOBS em um plano extremamente juspositivista e HASSEMER dentro de uma concepção mais jusnaturalista – que as normas podem rumar a uma deterioração na qual a sociedade entraria de alguma forma em colapso (supra, 1.2, 2.2).

Contudo, cabe salientar a observação de ZAFFARONI et al que se inicia com o apontamento sobre o fato de que a prevenção geral positiva (referindo-se à versão eticizante, mas se aplica ao caso de JAKOBS igualmente) se ampara na idéia de que sua efetividade não depende tanto da gravidade das penas, mas da certeza da criminalização secundária (no caso de JAKOBS, o discurso é de que ao não se aplicar a punição, permanecendo a lesão normativa sem resposta a identidade da sociedade se deteriora).<sup>436</sup> Entretanto, afirmam, ao observar-se a realidade social, comprova-se que “a regra da criminalização secundária é sua excepcionalidade”, e dessa forma, o requisito necessário desta teoria para sua função entra em colapso; outrossim, os autores referem que na sua posterior versão sistêmica a normatização satisfará, uma vez que estará resolvido desde que a incolumidade esteja na certeza do público, ainda que “*estatisticamente falsa*”.<sup>437</sup>

No entanto, há que se considerar o fenômeno coletivo psicossocial da *impunidade*, no qual há a percepção pública da violação normativa que permanece sem a resposta confirmadora, ou “*publicidade neutralizante*”<sup>438</sup> no termo dos autores, mas mesmo assim até o momento presente a sociedade não entrou em colapso.

Em outras palavras, como afirma BOZZA, “a existência de cifras negras”<sup>439</sup> da criminalidade demonstra que a regra é a convivência social com um ordenamento

<sup>436</sup> ZAFFARONI et al., 2003, op. cit., p. 124

<sup>437</sup> ZAFFARONI et al., loq. cit.

<sup>438</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>439</sup> Para mais, consultar obra inspiradora, SUTHERLAND, Edwin Hardin. **White Collar Crime**. New York: Dryden Press, 1949. Em português, estudo introdutório sobre a reação formal ao crime e seleção, DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia**. O homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997, pp. 365 e ss.

jurídico desestabilizado pela prática de crimes, ou seja, a regra é a não-punição”.<sup>440</sup> A frustração de expectativas é um fenômeno tão aparente e cotidiano quanto a própria existência das normas (normas feitas para serem quebradas); e, dessa forma não há amparo no conceito de estabilização de expectativas, e, mesmo que houvesse, haveria de se questionar, como faz BOZZA, sobre a legitimidade de um sistema que busca “a sua estabilidade ao custo de pessoas selecionadas pela sua maior vulnerabilidade frente ao sistema penal”.<sup>441</sup> Dessa forma, afirma, a teoria da prevenção geral positiva “legitima o princípio real de seletividade do sistema e dos processos de imunização da resposta penal, que depende exclusivamente do grau de vulnerabilidade dos indivíduos frente as agências de controle”.<sup>442</sup>

SCHÜNEMANN ressalta a atratividade da teoria da prevenção geral positiva justamente por causa do “fenômeno do consabido castigo seletivo de lesões para bens jurídicos”, sendo que “pode resultar em aparência mais facilmente justificado se se observa que uma reduzida quota de sanção resulta já suficiente para manter a confiança da coletividade no direito”.<sup>443</sup> O autor rememora a teoria sociológica de POPITZ: a utilização seletiva do Direito Penal bastaria para a manutenção da confiança da população na norma, enquanto que se perseguisse todas as infrações de forma a impedir uma mínima mudança “se reconhece em realidade a mínima validez da norma em geral e, nessa medida, se experimentaria um absoluto colapso”; em outras palavras, “não deves furtar coisas alheias, do contrário *eventualmente* há de contar com uma pena”.<sup>444</sup> E dessa forma, como preconiza BARATTA, ainda que se possa argumentar que se tratam de expressões e formas de linguagem bem diferentes, além de maior nível de abstração, a teoria sistêmica (e aqui se coloca a teoria de HASSEMER conjuntamente) “reafirma a figura do bode expiatório, da qual se serve a teoria

<sup>440</sup> BOZZA, 2007, op. cit., p. 207; BOZZA, 2008, op. cit., 57.

<sup>441</sup> BOZZA, 2007, op. cit., p. 207; BOZZA, 2008, op. cit., 57.

<sup>442</sup> BOZZA, 2007, op. cit., p. 207; BOZZA, 2008, op. cit., 57.

<sup>443</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SILVA SÁNCHEZ. Jesús-María (ed.). **Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin**. Barcelona: Editorial Bosch, 1997, pp. 98-99.

<sup>444</sup> SCHÜNEMANN, 1997, op. cit., p. 99.

psicoanalítica do delito e da pena para mostrar o componente irracional dos sistemas punitivos”.<sup>445</sup>

### 3.3. A prevenção geral positiva em Günther Jakobs: análise crítica

Assim, apresentadas três críticas sobre noções basilares compartilhadas pelos dois autores, passa-se nesse momento à análise em apartado da teoria de JAKOBS. Em primeiro lugar, oferece-se uma identificação crítica acerca de seu fundamento teórico, de modo a se precisar o quê de fato está diante do observador. Posteriormente, o estudo destaca aspectos negativos e positivos da teoria jakobsiana para a teoria da pena.

#### 3.3.1. Identificação do objeto: a face metamórfica da teoria funcional-sistêmica jakobsiana

Como observado por CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ, a teoria penalógica jakobsiana possui uma natureza mutável, e essa característica resultou em uma construção metamórfica a qual SCHÜNEMANN chamou de “*giro teórico de LUHMANN a HEGEL*”.<sup>446</sup> Assim como outros autores<sup>447</sup>, JAKOBS mesmo inicialmente tendo defendido uma teoria de prevenção geral positiva pura, e inclusive ressaltando o equívoco em mesclá-la com outras formas de prevenção e a própria teoria retributiva, passa a uma releitura de todo seu arcabouço dogmático funcional a partir da influência hegeliana, cedendo menos espaço no seu discurso para LUHMANN.

Esse renascer da teoria retributiva não é observável apenas na criação jakobsiana, mas no palco da dogmática jurídico-penal como um todo.<sup>448</sup> Como assevera

<sup>445</sup> BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistêmica. **Revista Doctrina Penal**, Buenos Aires: Ediciones Depalma, año 8, nº 29, 1985, p. 22.

<sup>446</sup> SCHÜNEMANN, 2008, op. cit., p. 5.

<sup>447</sup> Como Gómez-Jara Díez, Herzog, Kalous, Lesch e Pawlik, afirma Feijoo Sánchez, que são exemplos de autores que procuraram se distanciar do termo “prevenção geral positiva”, insistindo no aspecto retributivo da pena por causa da identificação de prevenção com o que o autor alcunhou prevenção-instrumental de delitos. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007, p. 20

<sup>448</sup> SCHÜNEMANN, 2008, op. cit., p. 3.

FEIJOO SÁNCHEZ, essa tipologia de retribuição manifesta-se de forma totalmente distante de suas versões subjetivistas ou absolutas: trata-se de uma retribuição funcional, uma modernização do pensamento hegeliano<sup>449</sup>. Ou como CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ ressaltam, uma “revisão funcional da teoria hegeliana da pena”, ou ainda, um “neo-hegelianismo funcional”, destacando como JAKOBS utilizou-se do aspecto secularizado da teoria hegeliana, assim como sua noção de Estado menos carregado eticamente: JAKOBS funcionalizou as contribuições de HEGEL e substituiu o conceito abstrato de Direito pelo conceito de identidade da sociedade, o que modificou a compreensão acerca dos pressupostos do autor assim como os seus.<sup>450</sup>

Dessa forma, a concepção primária de prevenção geral positiva psicológico-social de origem durkheimniana (efeitos internos de fidelidade jurídica aos membros da sociedade) fica relevada à função latente, e o discurso se desenvolve em volta da tentativa de combinar a retribuição funcionalizada e a própria forma preventiva como orientação da punição. Daí FEIJOO SÁNCHEZ assevera que dessa oscilação de JAKOBS poder-se-ia identificar sua teoria como mista ou unificadora; ou seja, a ambição dessa teoria mista é tornar-se uma via alternativa às teorias preventivas que foram oferecidas até o momento atual.<sup>451</sup> Para isso, o autor destaca, ocorre a passagem da característica “*preventivo-instrumental*”, ou ainda, o objetivo de prevenir delitos ou proteger bens jurídicos através do mal-punição para o aspecto *simbólico*, ou seja, a mensagem-punição expressada pelo ordenamento através desse mal.<sup>452</sup>

Se JAKOBS por um lado criticou as formas de teorias da união, incluindo as formas de comunhão entre retribuição e prevenção, por outro, buscou demonstrar, através da utilização de HEGEL, que a retribuição pode “cumprir uma *função social*”, ou ainda, que há “*funcionalidade na retribuição*”.<sup>453</sup>

Este movimento de JAKOBS foi denominado como “um passo audaz” por SCHÜNEMANN: especificamente, segundo este, no momento em que incorpora a “teoria retributiva da pena no sistema de referência de uma sociedade concebida como ‘comunicação normativa’, com a transformação simultânea de um indivíduo entendido

<sup>449</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 20.

<sup>450</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., pp. 36-37.

<sup>451</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 20.

<sup>452</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>453</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 40.

naturalisticamente em uma pessoa concebida como sujeito de normas de imputação”.<sup>454</sup> Afirma SCHÜNEMANN que, com esse movimento, JAKOBS operou uma separação da “inclusão desta teoria em um conceito de direito da ‘filosofia da liberdade’ (*freiheitsphilosophischen*)” que busca otimizar a liberdade do indivíduo.<sup>455</sup> Assim, afirma, logrou a ascendência da teoria da pena de HEGEL a uma moderna filosofia social, que “repousa sobre os pilares da teoria dos sistemas funcionalista e do interacionismo simbólico”, fazendo uma ressalva de que nesse momento (“quando concebe uma norma como um ‘esquema de interpretação para vantagem do grupo’ e à sociedade como uma personificação da ‘comunicação normativa’”) deixa de lado seus pais intelectuais LUHMANN, SCHÜTZ e MEAD.<sup>456</sup>

CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ destacam que o que JAKOBS apresenta em sua teoria da pena que o afasta de neo-retribucionistas como KÖHLER ou WOLFF é o fato de sua função residir no plano do significado simbólico, ou seja, atribuir a condenação do delito e sua conseqüente retribuição um significado positivo que tem como meta o futuro da sociedade: manter a expectativa lesada como expectativa do sistema social.<sup>457</sup> Quando JAKOBS refere que a norma se mantém através da pena como “*modelo de orientação de condutas*”, portanto em um conceito preventivo, de forma que a reação ao delito possui o condão de sustentar a vigência normativa, JAKOBS faz uma discreta referência ao futuro através do conceito de expectativa e, dessa forma, a teoria se mantém dentro da prevenção geral positiva.<sup>458</sup>

Na segunda fase que CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ destacaram da teoria da pena jakobsiana, ou seja, a noção de confirmação da identidade da sociedade, não apenas permanece dentro de matizes de prevenção geral positiva como igualmente, manifestam os autores, manifesta uma forma de retribuição diferente das concepções ontológicas ou transcendentais ao próprio sistema social presentes nas teses clássicas, sendo que no seu lugar há uma forma de perspectiva comunicativa ou simbólica de retribuição.<sup>459</sup> Os autores ainda ressaltam que o que torna um JAKOBS

<sup>454</sup> SCHÜNEMANN, 2008, op. cit., p. 4.

<sup>455</sup> SCHÜNEMANN, loq. cit.

<sup>456</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>457</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 38

<sup>458</sup> Ibidem, pp. 38-39.

<sup>459</sup> Ibidem, p. 39.

filósofo sobrepujante ao JAKOBS penalista é o fato de seu interesse total estar concentrado no conceito de pena.<sup>460</sup>

Atestam ainda os autores, que, utilizando-se de uma mesma metodologia funcional, JAKOBS atinge resultados completamente diferentes, saindo de uma teoria radicalmente preventiva (preventivo-geral monista) para alcançar uma teoria predominantemente retributivo-hegeliana, ressaltando como o autor alemão colocou novamente em discussão a teoria hegeliana, assim como ter apontado a função social desenvolvida pela retribuição, além de questionar a idéia de que um Direito Penal que possui viés sociológico seria incompatível com a retribuição.<sup>461</sup> Esta conclusão, apontam os autores, foi alcançada por JAKOBS através de um nível progressivo de abstração efetuado na busca por uma função (universal) para qualquer sistema jurídico a qual não exista equivalentes funcionais: a confirmação da identidade da sociedade (o Direito penal constitui a estrutura básica da sociedade para o autor).<sup>462</sup>

Destarte, CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ sublinham como foram apontadas conexões entre retribucionistas como KÖHLER e KANT e os trabalhos de JAKOBS.<sup>463</sup> Tais comparações seriam corretas para os autores, pois constituem duas grandes estruturas teóricas na ciência do Direito penal moderna. As primeiras caracterizam-se por serem radicalmente subjetivas e anti-funcionais e a segunda radicalmente funcional e anti-psicologicista.<sup>464</sup> E dessa forma são monistas (utilizando-se de SCHÜNEMANN) uma vez que se trata de funções da pena ligadas a um conceito diferente retribuição (prevenção geral como efeito latente).<sup>465</sup>

Conforme ressaltam, o fator diferencial importante sobre as duas formas de retribuição se trata de fundamentos diferentes: a retribuição nos moldes de KANT e KÖHLER deposita-se em uma racionalidade subjetiva, dentro da tradição filosófica moral, mas JAKOBS deposita toda sua forma de racionalidade em razões que prescindem da individualidade.<sup>466</sup> Daí, afirmam, temos uma fundamentação da culpabilidade e critérios de imputação da teoria do delito totalmente diversos,

---

<sup>460</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 39.

<sup>461</sup> Ibidem, pp. 39-40.

<sup>462</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>463</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>464</sup> Ibidem, pp. 40-41.

<sup>465</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>466</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

destacando a conclusão de SCHÜNEMANN, que considera a interpretação de viés sociologicista que JAKOBS efetua da teoria hegeliana uma forma de substituição do antigo conceito de retribuição pelo novo discurso de “*reafirmção comunicativa da norma*”.<sup>467</sup> Essa perspectiva funcional a partir da qual JAKOBS lê o aspecto retributivo da pena fica evidente para os autores no desenvolvimento do “Direito penal do inimigo”, no qual introduziu as noções de inocuidade e prevenção individual no seu conceito de pena (sua teoria retributiva restou inadequada como instrumento diante da insegurança cognitiva – perigo).<sup>468</sup>

### **3.3.2. Aspectos negativos da teoria jakobsiana**

Posteriormente a uma melhor precisão e identificação do objeto de estudo, passa-se ao levantamento dos aspectos positivos e negativos da teoria jakobsiana. Nesse ponto, em destaque estão críticas elencadas pelos penalistas com relação ao modelo de prevenção geral positiva específico de JAKOBS.

#### **3.3.2.1. Prevenção da mudança da identidade da sociedade: problemática do núcleo teórico**

No núcleo da teoria funcional-sistêmica reside o conceito de “identidade da sociedade”, entidade a qual está conectada o aspecto preventivo da teoria jakobsiana, portanto, o que torna obrigatória a análise crítica de suas propriedades a fim de confirmar sua capacidade para sustentar a teoria funcional.

Há que se destacar que no momento em que JAKOBS, após se utilizar das proposições de HEGEL, afirma que a tarefa do Direito Penal é preservar a identidade da sociedade através da punição, a primeira questão que se coloca é se tal premissa não envolve determinada transcendentalização à realidade social de tal forma a justificar a punição desprovida de qualquer fim social. Assim, SCHÜNEMANN destaca a crítica de VON HIRSCH e HÖRNLE, que ressaltam essa existência de premissas

---

<sup>467</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 41.

<sup>468</sup> Ibidem, pp.41-42.

tomadas ocultamente da teoria da retribuição<sup>469</sup>, e a partir daí levantam uma questão específica: “como pode influenciar-se positivamente na confiança da coletividade no direito através da sanção de um indivíduo, se não damos já por suposto que esta é conforme com o princípio de justiça?”<sup>470</sup> Eis aqui um problema: no momento em que a sanção penal não se dê conforme com o princípio de justiça, mas conforme as representações arcaicas de uma coletividade, não será mais justo recorrer a elas “como conceito à serviço da prevenção geral positiva”.<sup>471</sup> Nesse caso, o Direito Penal, [ou a justiça criminal] “conceitualmente alheia à influência de preconceitos”, fundamenta a punição injusta, pois resta embasada em concepções obsoletizadas, sacrificando o infrator “para satisfazer antiquados preconceitos”, conduzindo à hipocrisia e à inefetividade da pena.<sup>472</sup> Tal diálogo entre um princípio da justiça e o conceito de identidade da sociedade mostra-se uma extensão da próxima crítica ao formalismo teórico jakobsiano: a insuficiência de um modelo tecnocrático de Direito Penal.

Além desse inconveniente, coloca-se em questão a capacidade do Direito Penal de preservar a alteração da identidade da sociedade. E deste ceticismo advém a crítica a respeito do decisionismo da teoria de JAKOBS, pois, uma vez que a referência genérica ao conceito de “*identidade da sociedade*” alcança tamanho nível de abstração, permitirá que o próprio penalista apreenda “a *verdadeira* identidade da sociedade defendida pelo Direito Penal”, sendo que isso se dá em relação à tal lacuna da teoria funcional jakobsiana.<sup>473</sup> Essa lacuna é formada pela ausência clara dos “elementos ou condições nucleares da identidade das sociedades ocidentais contemporâneas”.<sup>474</sup> Com isso, “a determinação do núcleo da identidade normativa de uma determinada sociedade não é evidente, nem pacífica, e por isso depende em última instância de valorações pessoais e implícitas”.<sup>475</sup> Para manifestar tal oposição, refere-se que a posição de um observador neutro, descritivo, é epistemologicamente impossível, além disso, permanecendo implícito na sua teoria uma série de decisões valorativas; e aqui,

---

<sup>469</sup> SCHÜNEMANN, 1997, op. cit., p. 91.

<sup>470</sup> SCHÜNEMANN, loq. cit.

<sup>471</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>472</sup> Ibidem, pp. 91-92.

<sup>473</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., pp. 45-46.

<sup>474</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>475</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

salienta-se, estaria o maior problema do decisionismo, estas decisões mantêm-se ocultas e, dessa forma, não são submetidas à discussão.<sup>476</sup>

Outra objeção, e apontada por CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ, trata-se da incerteza a respeito de uma das premissas (que envolvem o conceito) de JAKOBS: a “identificação entre *ordenamento jurídico-penal e identidade da sociedade*”.<sup>477</sup> Os autores consideram uma premissa assumível a de que em verdade “a identidade da sociedade configura um determinado Direito Penal”, podendo este último variar de sociedade à sociedade (perfil do Direito Penal como dado sobre a configuração da sociedade).<sup>478</sup> Embora aqui possa se levantar ainda mais um questionamento, qual seja, a incerteza acerca da existência (seja em um nível material ou em um nível meta-teórico – como o faz JAKOBS) de uma identidade da sociedade.

### 3.3.2.2. A insuficiência da teoria jakobsiana para legitimação punitiva: modelo tecnocrático de Direito Penal

A segunda crítica elaborada na doutrina a ser destacada para a verificação da teoria da pena jakobsiana é de que em verdade não passa de uma descrição formal, constituindo uma forma de teoria sócio-tecnológica ou tecnocrática do Direito Penal.<sup>479</sup>

MUÑOZ CONDE e BARATTA apresentam a teoria sistêmica como uma forma de descrição de caráter asséptico e tecnocrático de como o sistema funciona sem validar ou criticar tal operação: possui como propriedade o deslocamento do “*centro da gravidade* da norma jurídico-penal da *subjetividade do indivíduo*” à “*subjetividade do sistema*”, cuja conseqüência é o “fortalecimento do sistema existente e de suas

<sup>476</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 46.

<sup>477</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>478</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 43.

<sup>479</sup> Nesse sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 13 e ss.; RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 358 e ss.; NEUMANN, Ulfrid. Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva. 10 teses. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais; IBCCRIM v.14, n.63, nov./dez. 2006, p. 269; MIR PUIG. Santiago. Sociedad, norma y persona en Jakobs. **Revista Brasileira de Direito Público RBDP**, Belo Horizonte, Fórum v.2, n.4, JAN/FEV/2004, pp. 157 e ss.; BARATTA, 1985, op. cit., pp. 18 e ss.

expectativas institucionais”, de maneira imodificada e acrítica.<sup>480</sup> Nessa descrição, afirma MUÑOZ CONDE, são subtraídos do modelo o caráter conflituoso da convivência social e o caráter coativo da norma jurídico-penal; sendo que o comportamento social desviado e o delito (complexidade) integram-se em um sistema de forma inalterada.<sup>481</sup> Segundo o autor espanhol, a teoria jakobsiana, ao referir que punição soluciona um conflito através da redução de sua complexidade, simplesmente ataca o mesmo em sua manifestação, e não na sua produção, o que legitima e reproduz um sistema sem que este seja questionado.<sup>482</sup> A neutralidade do discurso jakobsiana produz um conceito “*demasiadamente neutro*” de função, de forma a nada dizer sobre a forma específica do “funcionamento da norma jurídico-penal” ou sobre o sistema social para qual seria funcional e, dessa forma, não serviria para que se possa “compreender a essência do fenômeno jurídico punitivo”.<sup>483</sup>

MIR PUIG alia-se a MUÑOZ CONDE e BARATTA na mesma crítica à teoria jakobsiana quando questiona a ausência de “um ponto de partida crítico para o sistema social”, ressaltando que o mesmo é visto em PARSONS e LUHMANN, ou seja, o ponto de partida dos autores é o sistema social existente, determinando, em seguida, o que é funcional ou disfuncional para o mesmo.<sup>484</sup> Mas, sem questioná-lo (sem estabelecer se é um sistema social desejável) não há uma análise aos valores materiais caracterizadores do sistema social (unicamente de sua estrutura formal) – citando o exemplo de LUHMANN – evita a admissão expressa de valores do sistema social existente (mas é precisamente o que exclui a alusão a alguma referência material que permita a crítica), sendo que o autor ressalta sua opção por uma teoria social que ponha ao descoberto os valores de nossa sociedade.<sup>485</sup>

O autor espanhol, após frisar aqui a diferença entre os funcionalismos normativo de JAKOBS e valorativo de ROXIN, opta pela segunda, ressaltando que o Direito Penal deve ser compreendido como um “instrumento funcional para configuração social”, contudo, “sempre a serviço de valores próprios da sociedade e do seu modelo de

---

<sup>480</sup> MUÑOZ CONDE, 2005, op. cit., pp. 13-14; de forma um pouco diferente, BARATTA, 1985, op. cit., pp. 18 e ss.

<sup>481</sup> MUÑOZ CONDE, 2005, op. cit., p. 14.

<sup>482</sup> MUÑOZ CONDE, loq. cit.

<sup>483</sup> MUÑOZ CONDE, loq. cit.

<sup>484</sup> MIR PUIG, 2004, op. cit., p. 159.

<sup>485</sup> MIR PUIG, loq. cit.

Estado”.<sup>486</sup> Esses valores são essenciais para a dogmática, o norte, pois, como afirma MIR PUIG, “se os valores são rechaçados, o será também o Direito Penal em que se manifestem”, ressaltando que os valores da atual sociedade são de um Estado democrático de Direito, defensor dos direitos fundamentais dos cidadãos; e a teoria do Direito penal, afirma, “deve tratar de explicar suas funções a partir de tais valores”.<sup>487</sup>

NEUMANN, destacando que a teoria de JAKOBS possui uma orientação social-tecnológica (e não comunicativa, no sentido de um apelo ao reconhecimento dos participantes), afirma que, no momento em que relaciona Direito Penal e “compreensão social das normas”, excluindo os envolvidos do discurso funcional, a teoria assume que o fato de que a pena sirva para estabilização contra-fática de sua confiança na norma e não para aumentar a segurança dos membros da sociedade não deve chegar ao conhecimento destes, pois não será mais garantida, valendo apenas como função latente, pois se se torna manifesta se autodestrói.<sup>488</sup> Isso também vale para as normas que fundarão a punição no caso concreto, que tem sua discussão subtraída do alcance dos cidadãos, sendo que NEUMANN exemplifica com a imputabilidade (“direcionar a regra da inimputabilidade ao fato de que, por conta de uma deficiência, ‘não é adequada uma elucidação da responsabilidade social do autor’”), conceito já conhecido em LUNDSTEDT (“a imputabilidade depende de se o estado psíquico no decorrer da ação era de tal ordem que a generalidade das pessoas, se houvesse tido pleno conhecimento da situação fática, não teria reagido com indignação moral”).<sup>489</sup> Tais regras não se sustentam e não podem ser fundamentadas diante de cada membro de uma sociedade, entrando em colapso em sua função social-tecnológica, uma vez que normas penais não legitimáveis à perspectiva destes contribuirão para, ao invés da estabilização, a desestabilização da confiança na ordem jurídica.<sup>490</sup>

---

<sup>486</sup> MIR PUIG, 2004, op. cit., p. 159.

<sup>487</sup> Sendo estes valores representados nos princípios fundamentais como legalidade, proteção de bens sociais fundamentais (bens jurídico-penais), culpabilidade, proporcionalidade, entre outros. Ibidem, pp. 159-160.

<sup>488</sup> NEUMANN, 2006, op. cit., pp. 269-270.

<sup>489</sup> Ibidem, 271.

<sup>490</sup> NEUMANN, loq. cit. Neumann observa que diz respeito à reprovação, sim é possível uma legitimação intrínseca, salientado as contribuições de von Hirsch e Hömle. A reprovação não é nada mais que tornar o infrator responsável pela conduta. Renunciar essa imputação de responsabilidade criaria uma “*práxis social que trataria os indivíduos como uma fonte imprevisível de perigo*”. Tal “controle de animais predadores” seria tão indesejável, que sua mera cogitação já serve como legitimação para a idéia de responsabilidade pelo próprio comportamento. “*O que é problemático é se o ato de tornar-se responsável*”

Opõe-se NEUMANN à teoria funcional da prevenção geral positiva como fundamento para a pena estatal (e imputação jurídico-penal) porque tal teoria “determina a função da pena de um ponto de vista (sociológico-jurídico) externo”, enquanto que para justificar as instituições deve-se operar a partir da “perspectiva interna da sociedade”.<sup>491</sup> E aqui, já aponta o autor, há o link para a crítica em relação à instrumentalização do indivíduo, fruto de uma teoria que consente com que a punição não busque nenhum objetivo além da própria definição de seus fins (o que entra em um círculo vicioso), ou seja, a fundamentação punitiva deve ser possível de forma intrínseca, mas também de forma consequencialística, sendo justificada com uma argumentação em face dos envolvidos. Entretanto, isso não é possível na teoria funcional.<sup>492</sup>

Não há como impor um mal fundamentando de forma intrínseca a pena, ou seja, “uma legitimação sem consideração de seus efeitos no espaço social”.<sup>493</sup> NEUMANN repele uma justificação intrínseca do hard treatment, afirmando que tal teoria colocaria o sentido da pena “na esfera da *transcendência*”, constituindo “uma teoria *religiosa* ou *metafísica* da pena”.<sup>494</sup> Em um Estado secular, a justificação da pena só pode estar nesse mundo, não sendo admissível a fundamentação intrínseca da pena, mas isso não significa que poderia ser justificada apenas através de sua função social, e não diante do autor, no qual a questão seria se pode fundamentar que sua ação urge a punição.<sup>495</sup> Para NEUMANN deve ser, dessa forma, devido ao “dano à validade da norma causado pelo fato”, uma vez que a pena é “compensação do dano a ser feita à sociedade”; e a afirmação de que um fato isolado não causa um dano mensurável à validade da norma não é válida porque, embora o dano realmente relevante seja causado apenas pela soma de uma série de crimes, então “sancionar o fato isolado sem consideração ao dano à validade da norma verificável individualmente é um dever baseado na igualdade de tratamento dos cidadãos e, com isso, na justiça”.<sup>496</sup>

---

deve ocorrer na forma da imposição de um mal (que vai além do elemento da reprovação)”. NEUMANN, 2006, op. cit., p. 275.

<sup>491</sup> NEUMANN, 2006, op. cit., pp. 271-272.

<sup>492</sup> Ibidem, p. 272.

<sup>493</sup> Ibidem, p. 275

<sup>494</sup> NEUMANN, loq. cit.

<sup>495</sup> NEUMANN, loq. cit.

<sup>496</sup> Ibidem, pp. 275-276.

SCHÜNEMANN une-se à crítica ressaltando que JAKOBS (assim como outros autores), ao afirmar que a pena, diante do delito que modela o mundo externo das pessoas, como reação ao delito, modela igualmente, de forma a tornar impossível qualquer adesão a tal comportamento através da subtração de meios de comportamento corporal, confirmando a conduta materialmente adequada à norma “como único modelo capaz de adesão”, não está concluindo, mas tão-somente efetuando uma “asseveração, não plausível por si só e singularmente precária”.<sup>497</sup> Através dela, o autor afirma que se salta por entre dois níveis de linguagem, a linguagem objeto e a meta-linguagem, com a crença de que é possível “derivar de uma determinada atribuição de significado em relação a uma determinada mudança da realidade a necessidade de outra mudança da realidade”, o que acarreta que a imposição de uma dor empírica se dá como consequência necessária de uma “operação de pensamento da meta-linguagem”.<sup>498</sup>

Na mesma linha, FERRAJOLI afirma ainda que a teoria jakobsiana não acrescenta nada à teoria da desviação de DURKHEIM, ou seja, a concepção da pena como “fator de *estabilização social*” tendo como destinatários “as pessoas honestas”, “reafirmando seus sentimentos coletivos e solidificando sua solidariedade contra os desviantes”.<sup>499</sup> Contudo, aponta, que, ao contrário de DURKHEIM, que não tinha como pretensão criar uma justificção para pena, mas apenas uma explicação, a teoria de JAKOBS, assim como as de STEPHEN (doutrina moralista-denunciatória) e TARDE

---

<sup>497</sup> SCHÜNEMANN, 2008, op. cit., p. 5.

<sup>498</sup> SCHÜNEMANN, loq cit. Afirma Schünemann: “*Posto que Jakobs vê que a violência que jaz na execução da pena não alcança à ‘pessoa’, mas ao ‘indivíduo’ e posto que, em sua versão da teoria absoluta, concebe a pena como uma condição de função da sociedade e, nessa medida, em um contexto consequencialista (!), não quer aceitar a conclusão: ‘a pena deve seguir ao quebrantamento da norma de maneira categórica’, mas que quer, ademais, mirar à ‘realidade social’ e prescindir em absoluto de uma pena quando ‘o perigo de uma adesão ao conteúdo material do quebrantamento da norma não existe seriamente’.* E exatamente com ele dá a conhecer que sem um fim preventivo tampouco pode haver uma pena, e se repete assim, finalmente, no refugio da prevenção geral positiva. A mim não me parece uma casualidade esse giro novo de Jakobs de Luhmann a Hegel, mas uma prova clara de que cada imposição de um mal em um mundo secularizado não pode ser fundamentada sem uma utilidade que se logre por seu intermédio deste lado, e de que as teorias neo-absolutas não podem ter êxito em transformar a condição necessária de legitimação frente ao afetado, posta em destaque por elas de maneira extremamente sutil, em uma condição suficiente da pena estatal, deslocando cada consideração de utilidade superveniente. Esse vazio na dedução da teoria absoluta, que foi aduzido freqüentemente em contra de ela na discussão anterior, constitui quiza seu ponto débil más importante”. SCHÜNEMANN, loq.cit.

<sup>499</sup> FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 256. Da mesma forma, BARATTA, 1985, op. cit., p. 22.

(cínico-realista), representa uma ideologia de legitimação apriorística do Direito Penal e da pena.<sup>500</sup>

CANCIO MELIÁ e FEIJOO SANCHEZ trazem respostas às críticas salientadas contra a teoria jakobsiana cuja exposição faz-se mister para que se faça justiça às concepções do autor.

Para responder à acusação de que o conceito de “identidade da sociedade” leva a teoria jakobsiana a uma teoria absoluta, os autores trabalham em cima da comparação entre JAKOBS e HEGEL, uma vez que na teoria hegeliana a identificação entre ética e Estado (influenciada por um viés religioso) a torna absoluta; e na teoria jakobsiana há a identificação entre sociedade e Direito, que confessam haver certa absolutização, destacando a freqüência da premissa jakobsiana de que o Direito configuraria a estrutura da sociedade.<sup>501</sup> Contudo, discordam da idéia de que a teoria de JAKOBS represente uma teoria absoluta da pena e isso é atribuído à inexistência de um fundamento transcendental na teoria jakobsiana, ou seja, não transcende à sociedade, e não se desliga completamente dos efeitos sociais, admitindo inclusive a existência de equivalentes funcionais; mas, ainda assim, admitem “que a identificação entre ordem normativa e ordem social foi pouco tratada e é assumida quase como uma evidência”.<sup>502</sup>

Em que pese a insuficiência de referenciais empíricos, ressaltam, a relatividade de sua teoria está no fato de que JAKOBS considera que a punição demonstra tão-somente a vedação de qualquer evolução em direção diversa à apontada pelo ordenamento jurídico, comunicando que ele é o norte para qualquer evolução.<sup>503</sup> É esta comunicação que significa a confirmação da identidade da sociedade, a afirmação do que não é sociedade (e não dizendo o que é), em um sentido negativo, através da manifestação da conduta contrária ao Direito, não formando parte da sociedade; e, segundo os autores, a única objeção possível de fato é que JAKOBS contribui muito pouco no plano material.<sup>504</sup>

---

<sup>500</sup> FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 256.

<sup>501</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., p. 43.

<sup>502</sup> Ibidem, pp. 43-44.

<sup>503</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>504</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

Quanto ao ceticismo sobre a capacidade do Direito Penal de proteger a identidade da sociedade, levando ao decisionismo, CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ afirmam que esta estendeu o entendimento jakobsiano; isto é, afirmam que tal fato ocorre porque compreendeu equivocadamente esta identidade como um fato real (situação fática).<sup>505</sup> A crítica doutrinária, conforme os autores, parte da afirmação de que as ciências criminais “não detêm capacidade para definir qual seria a identidade da sociedade e quais os critérios de sua idiosincrasia, pois essa análise excede sua capacidade”.<sup>506</sup>

Em outras palavras, haveria uma interpretação equivocada da identidade da sociedade. Afirmam que a referência jakobsiana é tida como factual, uma compreensão típica das ciências sociais (que seguem, salientam, as críticas da sua teoria como sendo sociologicista, tecnológica-social).<sup>507</sup> Os autores ressaltam como há um mal entendido nesse ponto, devido à diferença de perspectivas, ou seja, nesse setor doutrinário há o interesse da legitimação na construção teórica, e dessa forma, conferem a teoria da pena jakobsiana um significado e alcance que não possuem; mas, ressaltam que JAKOBS “não avançou até um modelo de prevenção de integração ou ‘promocional’, mas bem até uma teoria na que o retributivo prepondera sobre o preventivo”.<sup>508</sup>

Apontam os autores como foi prescindido o fato de que a teoria jakobsiana parte de uma determinada racionalidade funcional e só pode ser corretamente compreendida dentro de tal marco: JAKOBS não somou outros detalhes à idéia de identidade normativa da sociedade exatamente porque “identifica *ordem social* com *ordem normativa*”, ou seja, “a identidade da sociedade não é mais que a identidade normativa, e averiguar a identidade normativa é a função da dogmática – com independência de que ao dogmático lhe agrade ou não pessoalmente esse ordenamento positivo”.<sup>509</sup> E desse ponto os autores lembram como JAKOBS valoriza as normas, sendo estas para ele a estrutura da sociedade. O que resulta, ressaltam, na conseqüente “identificação entre ordem social e ordem normativa” e, em última instância, “*lesão da*

---

<sup>505</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., pp. 44-45.

<sup>506</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>507</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>508</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>509</sup> Ibidem, p. 47.

*identidade da sociedade com quebrantamento da norma*". É o resultado de uma teoria onde o Direito é alçado a "estrutura básica do sistema social".<sup>510</sup>

Quando JAKOBS afirma que a pena mantém a identidade da sociedade porque responde à violação normativa (mensagem "*Não esta sociedade!*" comunicada pelo infrator), efetua uma descrição funcional do papel retributivo da pena, e, dessa forma, afirmam, JAKOBS diz muito menos do que se crê dizer, sendo tais críticas não merecidas, mas não livrando JAKOBS de outras.<sup>511</sup>

### **3.3.2.3. A funcionalização radical através da prevenção geral positiva: a instrumentalização do indivíduo**

JAKOBS desenvolveu sua teoria para além da primeira fase apontada por CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ (supra, 1.2.1.1.) para criar uma teoria da pena imune às críticas quanto a instrumentalização do infrator em função de efeitos psicológicos na coletividade (prevenção geral negativa) e a incursão na esfera interna do infrator (prevenção especial positiva), e, de fato, obteve sucesso nessa mudança em relação ao seu mestre WELZEL. Contudo, quando centrou sua teoria na punição para confirmação de uma identidade normativa, embora não instrumentalize o indivíduo em função de efeitos intimidatórios em potenciais infratores, passou a instrumentalizar em função dessa abstração. E mesmo que se entenda a identidade da sociedade como o arcabouço normativo positivado de uma sociedade, a instrumentalização persiste, agora em função das próprias normas.

Desde sua inspiração teórica luhmaniana, a teoria de JAKOBS não pode ser utilizada em um modelo de Direito Penal que exista como parte de um Estado democrático de Direito, pois uma vez utilizada a sociologia sistêmica, como afirma ZAFFARONI, o Direito Penal "*afasta-se do homem*".<sup>512</sup> E, destarte, apontam ZAFFARONI, FERRAJOLI e BARATTA, o homem é reduzido a um *subsistema*<sup>513</sup>, de modo que, conforme ZAFFARONI et al asseveram, *mediatiza* a pessoa através do uso

<sup>510</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., pp. 47-48.

<sup>511</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>512</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 87.

<sup>513</sup> ZAFFARONI, 1991, op. cit., p. 87; FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 245; BARATTA, 1985, op. cit., p. 22.

de sua dor como símbolo.<sup>514</sup> Assim, ressalta o autor argentino, perde-se a noção dos limites do poder punitivo, as garantias liberais e sérias conquistas como a “limitação da criminalização de condutas imorais”, outorgando a “relevância e primazia de dados subjetivos de ânimo do agente”, passando a defender um critério de pena de caráter meramente utilitário e instrumental ao sistema.<sup>515</sup> Nesse mesmo sentido, BARATTA afirma como “o sujeito na incriminação de responsabilidade penal deixa de ser o fim da intervenção institucional, para converter-se no suporte psicofísico de uma ação simbólica, cujos fins estão fora dele e da qual constitui unicamente um instrumento”.<sup>516</sup>

NEUMANN, concordando com a crítica de ROXIN e MIR PUIG une a instrumentalização do indivíduo ao déficit de fundamentação que é necessariamente ligado à perspectiva externa da teoria jakobsiana; em outras palavras, o decisivo seria que a punição estatal deva alcançar determinados objetivos além da sua própria finalidade.<sup>517</sup> Como consequência, afirma NEUMANN, observa-se como no curso da interpretação funcional dos princípios jurídico-penais de imputação, as limitações normativas através das quais as garantias dos acusados diluem-se e suas funções protetivas são ameaçadas.<sup>518</sup> E BARATTA salienta que deve ser vista com receio tal teoria uma vez que “parece deixar sem conteúdo o núcleo humanístico e emancipador” que residia na base utópica da prevenção especial positiva (do qual é adepto).<sup>519</sup>

Na crítica de FERRAJOLI, a redução do indivíduo à condição de subsistema psicofísico, “funcionalmente subordinado as exigências do sistema social geral”, aproxima-se inequivocamente dos modelos de Direito Penal “máximo e ilimitado”, que prescindem a proteção dos direitos da pessoa.<sup>520</sup> Outrossim, afirma que:

[...] o ponto de vista da justificação externa [...] desaparece, sujeitando-se inteiramente ao ponto de vista interno pouco importando se este, em vez de identificar-se com os costumes do Estado ou com qualquer pretensa moralidade intrínseca ao direito transformou-se em simples instância funcional de autoconservação do sistema político.<sup>521</sup>

---

<sup>514</sup> ZAFFARONI et al, 2003, op. cit., p. 123.

<sup>515</sup> ZAFFARONI, 1991, op. cit., p. 87.

<sup>516</sup> BARATTA, 1985, op. cit., p. 22.

<sup>517</sup> NEUMANN, 2006, op. cit., p. 272.

<sup>518</sup> Ibidem, pp. 272-273.

<sup>519</sup> BARATTA, 1985, op. cit., p. 20.

<sup>520</sup> FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 256.

<sup>521</sup> Ibidem, pp. 256-257.

Na doutrina nacional, BOZZA ressalta esse aspecto negativo da teoria jakobsiana, quando rememora que ao invés do homem será a norma um fim em si mesmo; além disso, prescinde-se do conteúdo das leis penais, focando-se tão-somente nas “necessidades preventivas de estabilização da norma”, e são essas necessidades que serão seu conteúdo (tendo como um dos resultados a possibilidade de manipulação do conceito de culpabilidade).<sup>522</sup> O autor destaca a crítica de HIRCH, de que se abre uma via para o “desenvolvimento de uma estrutura universal e arbitrariamente adaptável”, e, dessa forma, “poderia ser utilizada por regimes antijurídicos”; outrossim, BOZZA aponta a “alienação da subjetividade e da centralidade do homem em benefício do sistema” (uma consequência da própria base utilizada por JAKOBS de uma teoria sistêmica), ressaltando o deslocamento do homem como “sujeito e fim do seu próprio mundo” para “objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais”.<sup>523</sup>

O autor brasileiro observa ainda, como FERRAJOLI, que a base (uma delas) da teoria jakobsiana (teoria luhmanniana) possui uma “legitimação meramente interna”, fundando o “sistema político sobre si mesmo”, ressaltando que esta característica coincide com os modelos de Direito Penal autoritário.<sup>524</sup> Nesse espectro, afirma, o Estado se torna o fim em si mesmo, e seus valores éticos são supra-individuais, cuja conservação instrumentalizará o próprio Direito, entrando em contradição com um Direito Penal democrático (Estado democrático de Direito e o próprio Direito são “um meio para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos e não o contrário”).<sup>525</sup>

Ainda reflete o autor de que a noção de “ordem jurídica como bem jurídico” (idéia utilizada por JAKOBS), ignora o pluralismo cultural das sociedades contemporâneas, presumindo um conceito retrógrado de sociedade unitária, assim como a própria “legitimidade da legislação penal”.<sup>526</sup>

BOZZA efetua outra crítica especificamente quanto à impossibilidade de questionamento acerca do tipo de ordenamento jurídico que é mantido através da punição: “o problema da legitimidade da pena recai sobre o problema de se ela (a pena)

---

<sup>522</sup> BOZZA, 2007, op. cit., p. 207; BOZZA, 2008, op. cit., p. 58.

<sup>523</sup> BOZZA, 2007, op. cit., pp. 207-208; BOZZA, 2008, op. cit., p. 58.

<sup>524</sup> BOZZA, 2007, op. cit., p. 208; BOZZA, 2008, op. cit., p. 58.

<sup>525</sup> BOZZA, 2007, op. cit., p. 208; BOZZA, 2008, op. cit., p. 61.

<sup>526</sup> BOZZA, 2007, op. cit., p. 210; BOZZA, 2008, op. cit., p. 61.

serve à estabilização de uma ordem digna de ser conservada”.<sup>527</sup> Além disso, ressalta o autor brasileiro que a teoria jakobsiana opera a redução da “questão da justiça à funcionalidade dos critérios (e a sua concretização judicial)” para a sua “estabilização simbólica de expectativas contra a significação simbólica da ação criminosa”.<sup>528</sup>

### **3.3.3. Aspectos positivos da teoria jakobsiana**

Após o destaque dos aspectos negativos da teoria funcional-sistêmica da pena, cabe a análise dos aspectos positivos, averiguando as contribuições da prevenção geral positiva na versão de JAKOBS para futuras elaborações da teoria da pena.

#### **3.3.3.1. A exclusão da incursão estatal na subjetividade dos indivíduos**

A maior contribuição de JAKOBS para a teoria da pena consiste em sua desvinculação da versão welzeliana, ou seja, quando o autor avançou da sua primeira fase para a segunda fase, abandonando a teorização de uma busca de efeitos psicológicos nos cidadãos através da punição estatal, eliminou um grande problema na prevenção geral positiva, tornando-a uma alternativa mais adequada ao Estado democrático de Direito e passando à frente das alternativas da prevenção geral negativa e prevenção especial positiva. Em outras palavras, a formalização de sua teoria da pena possui inconvenientes, mas oferece igualmente vantagens.

A teoria jakobsiana da pena busca tão-somente uma conduta externa do cidadão de respeito à norma, não havendo uma pretensão de modificá-lo, educá-lo ou qualquer forma de alteração subjetiva, de tal forma que o indivíduo pode discordar do conteúdo normativo, não necessitando concordar com os aspectos ético-sociais das normas desde que não as infrinja (supra, 1.2). Tal propriedade representa os ditames de uma democracia de forma melhor que a versão alternativa de prevenção geral positiva de HASSEMER. Uma formalização desta teoria impede críticas no sentido de censurar a incursão eticizante nos membros da sociedade.

---

<sup>527</sup> BOZZA, 2007, op. cit., p. 210; BOZZA, 2008, op. cit., p. 61.

<sup>528</sup> BOZZA, 2007, op. cit., p. 207; BOZZA, 2008, op. cit., p. 57.

Um modelo de Estado democrático de Direito deve possuir esse formalismo com relação a seus cidadãos de tal forma que respeite o pluralismo e as múltiplas formas éticas presentes em sociedades. Não existe uma substância homogênea na esfera dos valores sociais e nem deve haver se se querem respeitar os princípios democráticos da autonomia moral e liberdade de pensamento no Estado contemporâneo.

### **3.3.3.2. O alçamento da teoria da pena para um novo nível: a obsoletização dos conceitos enlatados**

A teoria da pena constitui uma dimensão teórica na qual as definições e formulações sucedem-se dentro de uma determinada ortodoxia discursiva, na qual a conceitualização e classificação sucede de forma estanque, refletindo muito mais uma forma de raciocínio puramente modernista e mecanicista que propriamente uma disciplina autocrítica, na qual os problemas básicos são reformulados através de novos questionamentos e quebra de paradigmas. Não raro consiste uma maior preocupação em classificar pontos de vista ou atribuir-lhes denominações ainda que de forma precipitada. A contribuição que a teoria da pena jakobsiana opera, nesse sentido, reside mais em função da própria penologia do que em função de uma conquista da legitimação da punição estatal.

Se o alto grau de abstração descritiva gera equívocos na compreensão da teoria jakobsiana e falha em construir uma justificação da pena, torna-se útil para apontar uma direção de mudança na forma como a própria teoria da pena se manifesta, ou seja, a superação de antigas certezas. Como salientam CANCIO MELIÁ e FEIJOO SÁNCHEZ, a aproximação à teoria da pena de JAKOBS gera um benefício de conhecimento, ou seja, ao adotar uma perspectiva que transcente o nível da eterna disjuntiva *quia peccatum est e ne peccetur*, a teoria jakobsiana constitui “um sólido fundamento sobre a qual construiu uma dogmática jurídico-penal genuinamente moderna por sua orientação social e realista, sem concessões aos preconceitos e prejuízos derivados da tradição”.<sup>529</sup>

---

<sup>529</sup> CANCIO MELIÁ, FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, op. cit., pp. 52-23.

O próprio JAKOBS salienta que sua teoria não pode ser apreciada a partir das antigas certezas e que mesmo uma denominação de fim da pena não seria adequada para uma correta compreensão de seus fundamentos teóricos, nessa determinação de superar eternas qualificações. De tal forma fica claro isso na teoria jakobsiana, que, como salienta STRATENWERTH, não se pode afirmar exatamente um fim da pena determinado de modo suficientemente preciso<sup>530</sup>, pelo menos não a partir de uma interpretação de sua teoria a partir das noções ortodoxas da teoria da pena que se estão acostumados a efetuar. Assim, JAKOBS promove um despertar crítico: muito mais importante que conceitos enlatados e classificações ortodoxas é a busca por novos paradigmas, novas questões, novas formas de análise do fenômeno punitivo, promovendo a evolução da própria penologia.

### 3.4. A prevenção geral positiva em Winfried Hassemer: análise crítica

*Pode o direito penal ser o instrumento da vingança da multidão anônima? Pode o direito penal alimentar o irracionalismo vingativo para conseguir o controle social?*<sup>531</sup>

Günter Stratenwerth

#### 3.4.1. A identificação do objeto: o *middle path* penal representado pela prevenção geral positiva hassemeriana

FEIJOO SÁNCHEZ elege o modelo de HASSEMER como o que pretende trazer as contribuições das ciências sociais para o Direito Penal.<sup>532</sup> E aloca a teoria de HASSEMER como “uma teoria preventivo-instrumental individualista ou clássica” com uma racionalidade que manifesta elementos funcionais, e deve ser analisada “em apartado das teorias funcionais, já que a teoria do Direito Penal deste autor se pode entender como precursora de uma nova forma de entender a prevenção”.<sup>533</sup> Afirma o autor espanhol que a teoria hassemeriana “constrói uma ponte entre as teorias

<sup>530</sup> STRATENWERTH, Günter. Qué aporta la teoría de los fines de la pena? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.15, n.66, maio/jun. 2007, p. 64.

<sup>531</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 93.

<sup>532</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 359.

<sup>533</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

preventivo-instrumentais clássicas e as novas teorias funcionais”, contudo, observa, não se trate aqui estritamente de uma forma de “teoria funcional”.<sup>534</sup> O autor faz uma ressalva de que mesmo que não esteja se referindo a “teorias funcionalistas como uma metodologia funcionalista própria das Ciências Sociais”, mas a uma teoria que “considere globalmente qual contribuição da pena para o sistema social que outras instituições não possuam ou qual a sua prestação específica para a manutenção do sistema”, o “elemento identificador” destas está na “função da pena” quando compreendida como a manutenção e estabilização da ordem social.<sup>535</sup>

FEIJOO SÁNCHEZ afirma que enquanto a teoria jakobsiana deve ser denominada funcional, o mesmo não pode ser dito da teoria de HASSEMER, pois esta não seria a melhor forma de defini-la, uma vez que embora seus fundamentos teóricos se utilizem de bases funcionais, em suas “reflexões político-criminais”<sup>536</sup> está o retrato de seu “antifuncionalismo”, o que torna, conforme ressalta, “paradigmática sua confrontação dialética com autores como AMELUNG ou JAKOBS”.<sup>537</sup> Dessa forma, o autor espanhol decide efetuar o estudo sobre sua teoria em apartado do discurso tradicional, porque os fundamentos sociológicos da teoria hassemeriana aproximam-na mais dessa perspectiva “às teorias mais psicológicas da prevenção geral positiva”.<sup>538</sup>

E este intento (apartar-se da prevenção geral positiva tradicional), segundo afirma FEIJOO SÁNCHEZ, é um intento de HASSEMER em suas últimas obras, pois na exposição destas são encontradas concepções de difícil qualificação (devido as fontes diversas para sua construção), como, exemplifica, “a combinação de uma teoria preventivo-instrumental de caráter individualista com uma racionalidade que encerra elementos funcionais”.<sup>539</sup> E esta, ressalta o autor, é a característica que o diferencia de uma concepção mais clássica da prevenção (FEIJOO SÁNCHEZ cita nesse caso o

---

<sup>534</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., pp. 15-16.

<sup>535</sup> Ibidem, pp. 16-17.

<sup>536</sup> Por este motivo a importância do esboçado na parte de sua perspectiva acerca de um Direito Penal libertário (supra, 2.1).

<sup>537</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>538</sup> Ibidem, pp. 17-18.

<sup>539</sup> Ibidem, p. 18

funcionalismo teleológico de ROXIN, melhor denominável como apenas “sistema teleológico” conforme o mesmo).<sup>540</sup>

Nesse diapasão, quando FEIJOO SÁNCHEZ concomitantemente refuta a existência de elementos funcionais ou teórico-sociais significativos no sistema roxiniano, reconhece sua presença na teoria empírico-sociológica de HASSEMER, inclusive sendo “utilizados expressamente como fundamento de sua teoria da pena”.<sup>541</sup> Assim, FEIJOO SÁNCHEZ infere, a teoria hassemeriana – “com sua teoria sociológica do Direito Penal” – constitui uma “espécie de teoria mista entre as teorias tradicionais e as teorias de tipo mais funcional”<sup>542</sup>, existindo nessa realidade discursiva a convivência de duas racionalidades diferentes que em muito momentos entrará em colisão.<sup>543</sup> E, ressalta que, em muitos momentos, não resta claro qual face (tradicional ou funcional) predomina, dependendo do tipo de problema no caso concreto.<sup>544</sup> Observa o autor espanhol que nem JAKOBS, nem HASSEMER possibilitam sua classificação nos esquemas clássicos ou tradicionais, sendo inviável tal reducionismo quanto a estes, mesmo que haja elementos semelhantes às teorias tradicionais da pena.<sup>545</sup> A teoria da prevenção geral positiva, afirma o autor, pode representar o “paradigma das teorias funcionais”, contudo, questiona, “nem todas as teorias da prevenção geral positiva se podem reconduzir a um esquema funcional”; assim como, refere igualmente a existência de “autores que reconduzem a idéia de prevenção de desintegração da ordem social a uma idéia de retribuição que entronca com HEGEL”.<sup>546</sup>

FEIJOO SÁNCHEZ ressalta como essência da teoria hassemeriana, e interessante à análise, a utilização de dados sociológicos para legitimar a pena em função de seus desejáveis efeitos empíricos, em seu raciocínio de orientação às

---

<sup>540</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 18. Ressalta que “os sistemas teleológicos se caracterizam por uma orientação instrumental à prevenção de delitos ou afetações de bens jurídicos, embora, dita orientação se encontre submetida a limites valorativos. Por isso a teoria da pena de Roxin não supõe uma mudança radical com respeito às tradicionais teorias preventivas”. FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>541</sup> Ibidem, pp. 18-19.

<sup>542</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>543</sup> Ibidem, p. 367.

<sup>544</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>545</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>546</sup> Feijoo Sánchez cita Herzog, discípulo de Hassemer; e Lesch e Pawlik, discípulos de Jakobs. FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

conseqüências, de forma que o que HASSEMER aspira é de que “a pena intervenha legitimamente como forma de controle social”.<sup>547</sup>

Aponta FEIJOO SÁNCHEZ que a base da teoria da pena, e até mesmo da teoria geral do Direito Penal de HASSEMER reside na sua definição do Direito Penal como “instância do controle social” aliado à aplicação de “certos desenvolvimentos do funcionalismo norte-americano do princípio do século [XX]”.<sup>548</sup> Daí, afirma que essa definição de Direito Penal como “sistema normativo de controle social formalizado” torna-se uma forma de conceito bastante atrativa para a doutrina penal (mais sociológica) frankurtiana.<sup>549</sup> Assim, observa o autor, desde 1979, HASSEMER apresentou um desenvolvimento de uma “sugestiva teoria do Direito Penal e da pena a partir de sua compreensão como parte dos controles sociais, ou como sistema que coopera de maneira formalizada no controle social geral”.<sup>550</sup>

Importante é a correta identificação, como precisa o autor, da estrutura da teoria hassemeriana tendo em vista o próximo passo (destacar seus aspectos positivos e negativos): HASSEMER busca a legitimação do Direito Penal através da noção (idéia bastante estendida nas doutrinas espanhola, alemã e italiana) de que “a pena se justifica porque se trata de um sistema de proteção menos gravoso que outros instrumentos de controle que poderiam cumprir a mesma função, mas que careceriam de limites ou garantias formais”.<sup>551</sup> Outrossim, o dano criado pelo Direito Penal seria sempre inferior ao dano hipotético causado em uma sociedade “sem pena estatal”. A partir desse ponto, afirma, HASSEMER, provido dos mesmos dados empíricos que a criminologia crítica, toma uma posição completamente oposta das tendências abolicionistas desta (FEIJOO SÁNCHEZ exemplifica com os autores ALBRECHT e LÜDERSEN).<sup>552</sup> Ou seja, como conclui o autor, a teoria hassemeriana utiliza-se de elementos das ciências sociais, dos quais certos setores da criminologia se utilizaram (para fortalecer o abolicionismo), para criticar o fenômeno punitivo em sentido oposto a

---

<sup>547</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 366.

<sup>548</sup> Ibidem, p. 367.

<sup>549</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>550</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>551</sup> Ibidem, p. 369.

<sup>552</sup> Ibidem, pp. 369-370.

estes setores, justificando a pena a partir do fato da inexistência de “alternativas equivalentes válidas”.<sup>553</sup>

### **3.4.2. Aspectos negativos da teoria hassemeriana**

Posteriormente a uma melhor precisão e identificação da teoria hassemeriana, passa-se ao levantamento dos pontos positivos e negativos da mesma. Nesse ponto, em destaque estão algumas críticas elencadas pelos penalistas com relação à prevenção geral positiva em um plano geral, mas que caem no espectro da estrutura teórica de HASSEMER, aliada a críticas defendidas por FEIJOO SÁNCHEZ, em primeiro plano, e LUZÓN PEÑA, destacando igualmente a oposição de LÜDERSSEN ao autor.

#### **3.4.2.1. A insuficiência do conceito de controle social para construção de uma teoria da pena**

Imprescindível é a questão concernente à noção de controle social, uma vez que HASSEMER a coloca como centro de sua base teórica, não somente da teoria da pena hassemeriana, mas de toda sua noção do saber penal. E há que se destacar a crítica elaborada por FEIJOO SÁNCHEZ sobre a insuficiência do conceito de controle social, não somente na definição do autor alemão, mas desde sua matriz da sociologia para ser utilizada na teoria do Direito Penal. O autor espanhol destaca que o conceito de controle social revela-se “uma base empírica débil para construir uma teoria do delito e da pena”.<sup>554</sup>

Conforme segue a crítica, o conceito de controle social não pode ser integrado à metodologia do Direito Penal, convertendo-se em um conceito sem referências normativas e que se torna pouco útil à discussão da legitimidade da pena e do Direito

---

<sup>553</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 372.

<sup>554</sup> Inclusive destaca a crítica do abolicionista LUDERSSEN, que considera a expressão de HASSEMER sobre um Direito Penal próprio de um Estado de Direito uma *contradictio in adjecto*. O autor abolicionista critica a prevenção geral positiva de tal maneira que afirma que sequer a idéia de um Direito Penal nuclear seria legítima por esta via. Ibidem, p. 373.

Penal.<sup>555</sup> Além disso, esses elementos materiais que elenca para mostrar a necessidade da pena, conceitos sociológicos como “controle social” e “conduta desviada”, não trazem informação válida desde um viés jurídico, sendo que a importação desses conceitos sociológicos (ou empíricos), “deve ser realizada com extrema prudência, e ambos conceitos devem ser corretamente normativizados para evitar perigosos equívocos”.<sup>556</sup> Se for focado o conceito de conduta desviante, considerando que (através da observação do Direito vigente) o delito é uma conduta desviante, mas que nem toda conduta desviante é um delito<sup>557</sup>, assim como nem todo o delito afeta valores ético-sociais básicos<sup>558</sup>, e também (desde as ciências sociais) tem-se, como comportamento desviante, aquele “que não se corresponde com certas expectativas ou papéis sociais ou infringe as normas”, tal conceito não traz grandes novidades ao objeto da ciência do Direito Penal desde uma perspectiva interna.<sup>559</sup>

Ainda FEIJOO SÁNCHEZ: a descrição desse elemento – a idéia de que somente serão delitos as condutas desviantes das expectativas reconhecidas em normas penais – encerra uma descrição puramente formal; isto é, se casualmente existir uma legitimação material para uma intervenção penal, se dará somente de acordo com “os pressupostos materiais desenvolvidos internamente pela doutrina jurídico-penal”; dessa forma, o conceito de controle social traz pouca informação, caindo em mera descrição externa.<sup>560</sup> E se assoma as palavras de LUZÓN PENA no sentido de que o conceito de controle social “é *vago* e *ambíguo*”, podendo ser utilizado tanto nesse sentido exposto por HASSEMER – “mecanismo, mais ou menos razoável, de controle da sociedade sobre seus membros para evitar infrações” –, como ser utilizado no sentido oposto – “o controle que alguns grupos dominantes ou membros da sociedade exercem sobre esta, é dizer, mecanismos mais ou menos brutos de poder e dominação”.<sup>561</sup> Tais conceitos sociológicos, conforme contesta FEIJOO SÁNCHEZ, não são mais que uma descrição externa do Direito Penal – desde diversas perspectivas não uniformes –, sendo que não

---

<sup>555</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., pp. 373-374.

<sup>556</sup> *Ibidem*, p. 374.

<sup>557</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, loq. cit.

<sup>558</sup> ZAFFARONI et al, 2003, op. cit., p. 125.

<sup>559</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 375.

<sup>560</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>561</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

contribuem com maiores precisões ao conceito formal ou dogmático de Direito Penal, trazendo, pelo contrário, confusão ao relacionar delito com outros fenômenos sociais.<sup>562</sup>

No que respeita ao conceito de controle social, servindo-se ainda da crítica de FEIJOO SÁNCHEZ, o principal defeito é perceptível conforme se aprofunda no seu estudo na literatura existente, mostrando-se um conceito ambíguo ou superficial e apresenta tal pluralidade de significados que retira sua utilidade para ciência do Direito Penal.<sup>563</sup> Destaca-se que a própria Criminologia atribui ao conceito um conteúdo variado, e dessa forma, não traz limites à existência de um controle social mediante penas; outrossim, o conceito de desviação desde as ciências sociais mostra-se pouco claro e de versões contraditórias.<sup>564</sup> Em resumo, a teoria hassemeriana ancora sua estrutura “em bases sociológicas imprecisas”.<sup>565</sup>

FEIJOO SÁNCHEZ igualmente chama a atenção para o fato de que, sendo o fulcro do Direito Penal apontar o sentido da pena estatal no complexo sistêmico do controle social, e não a luta global contra a criminalidade, indevidamente utilizados os conceitos de controle social e conduta desviante corre-se o risco de perder-se o foco sobre os limites formais e materiais que dividem “Direito Penal e outras formas de controle social, e dividem delito e outras condutas desviantes”.<sup>566</sup> Embora haja contribuições analíticas na tentativa de HASSEMER em relacionar Direito Penal e teoria do controle social, traz um efeito colateral que representa um grave inconveniente: a equiparação com outras formas de controle social (que abrirá espaço para a crítica no próximo tópico em relação a confusão entre Direito e moral), e isso reside na diferenciação meramente qualitativa (e não quantitativa) entre a punição estatal em relação a “qualquer consequência social de reação diante da conduta desviada”.<sup>567</sup> Em outras palavras o autor espanhol está afirmando que “a teoria da pena deve poder especificar quais são as características especiais de um tipo de reação social como a pena, a sanção mais grave de que dispõe o ordenamento jurídico”.<sup>568</sup>

---

<sup>562</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 375.

<sup>563</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>564</sup> Ibidem, pp. 375-376.

<sup>565</sup> Ibidem, p. 376.

<sup>566</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>567</sup> Ibidem, pp. 376-377.

<sup>568</sup> Ibidem, p. 377.

Além disso, FEIJOO SÁNCHEZ, lembrando que a teoria do controle social não pertence à tradição jusfilosófica européia e seu conceito de Estado, mas estadunidense, cujas noções não são coincidentes com a substância cultural da Europa, e sendo que se trata de teorizar acerca do poder punitivo estatal, afirma que o conceito de controle social trará confusão, uma vez que inexistente homogeneidade em relação aos significados, e, dessa forma, será carregado valorativamente.<sup>569</sup> Sendo assim, não pode a concepção de controle social “tratar de forma adequada os aspectos valorativos associados a uma determinada concepção estatal que não pode prescindir nenhuma teoria da pena”, não servindo para erigir uma teoria da pena “se esta não se vincula a um modelo de Estado ou ao modelo organizativo da ordem social”.<sup>570</sup>

Assim, seguindo a crítica, se se considera que o Direito Penal possui peculiaridades como subsistema do controle social frente a suas outras instâncias, as noções de controle social e conduta desviante não contribuem para identificar a função legitimadora da pena como instituição jurídica.<sup>571</sup> Tal teoria tão-somente afirma que é a imposição de penas e outras conseqüências penais o elemento caracterizador do Direito Penal como último recurso do controle social, assim, não apresenta contribuições para a teoria da pena.<sup>572</sup> FEIJOO SÁNCHEZ resume sua crítica afirmando que “a teoria do controle social é uma teoria que descreve uma parte da ordem social, mas é absolutamente insuficiente como teoria sobre a criminalização e os processos de criminalização”.<sup>573</sup>

### **3.4.2.2. A insuficiência da noção de formalização do Direito Penal**

Tendo em conta que aparentemente, a teoria hassemeriana propugna como fundamento último da pena a formalização do Direito Penal<sup>574</sup>, cabe erigir a crítica a essa área. Mesmo como crítico da teoria hassemeriana, FEIJOO SÁNCHEZ, admite que “[legitimar o Direito Penal] como alternativa às reações privadas informais justifica a

---

<sup>569</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 377.

<sup>570</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>571</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>572</sup> Ibidem, pp. 377-378.

<sup>573</sup> Ibidem, p. 378.

<sup>574</sup> Conforme o próprio Feijoo Sánchez. FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

existência de sanções estatais”, contudo, fracassa em “dar-lhe um conteúdo específico à teoria da pena”.<sup>575</sup> O autor espanhol admite-a também como função do Direito Penal, isso em vista do que do que ocorre em certas ocasiões “quando o Direito Penal não cumpre essas funções”; porém, ressalta sua crítica, de que “essa não é uma consequência propriamente da pena como instituição, mas do monopólio da força por parte do Estado e de sua canalização através de um processo público”.<sup>576</sup>

Aliada a essa observação, destaca FEIJOO SÁNCHEZ, que um Direito Penal ilegítimo igualmente cumpriria tal função, sendo justificado quando mantiver a ordem externa ou a ordem pública; outrossim, tal descrição “não é uma função da pena em sentido estrito”, destacando-se como “uma das funções que o processo penal vem desempenhando desde a Idade Média”.<sup>577</sup> Da mesma forma, afirma o autor espanhol, o processo público (a partir de uma autoridade) também permite “evitar a vingança, as disputas pessoais sem limite (a personalização do conflito) e a autotutela”, e também apresenta garantias (como a transparência, a possibilidade de controle e revisão do processo e a participação em pé de igualdade).<sup>578</sup> Em suma, a pacificação social consiste uma função geral do Direito e não somente do Direito Penal, “é fruto da canalização dos conflitos ou, ao menos, dos mais graves através de um procedimento formalizado”; por isso, talvez a noção desenvolvida por este conceito pudesse servir para legitimação do conjunto do Direito sancionatório, “mas não especificamente da pena como instrumento preventivo-geral”.<sup>579</sup>

---

<sup>575</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 378.

<sup>576</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>577</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>578</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>579</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit. Feijoo Sánchez igualmente questiona sobre a proposta de Hassemer (e Molina) no sentido de que a formalização do Direito Penal apresente vantagens pelas suas garantias. E que embora concorde com afirmações de que “*não há alternativas ao controle social*”, ou que “*é inimaginável uma sociedade sem controle social*” ou que “*o controle social é uma condição básica irrenunciável da vida social*” ou que “*sem controle social a existência não seria possível já que é inimaginável um processo de socialização sem normas de conduta*”, não há apenas garantias no Direito Penal como forma de lidar com as infrações normativas mais graves, havendo igualmente no Direito Administrativo sancionador. Ibidem, p. 379. Contudo, discorda-se dessa opinião que lê de forma muito superficial a estrutura que Hassemer descreve. Está claro em Hassemer que a unicidade do controle formal penal apresenta garantias que não existem nas demais esferas e isso lhe confere um aspecto positivo sobre os demais. Essa dimensão de seu pensamento está correta. Sem dúvida existem garantias em outras esferas do controle social (como no Direito Administrativo), mas não a totalidade de garantias que possui o Direito Penal. O máximo que se pode dizer é que sua noção de controle social formalizado é incompleta.

Além disso, a crítica de FEIJOO SÁNCHEZ salienta o perigo político-criminal em identificar Direito Penal com a idéia de formalismo, no qual corre-se o risco do entendimento de que a pena seria sempre melhor forma de solução dos conflitos sociais devido a tal formalização.<sup>580</sup> E nessa hipótese, havendo dúvida entre as esferas de controle social a aplicar-se, o Direito Penal seja a via escolhida, e exemplifica, ainda que não seja o caso em HASSEMER, da responsabilidade penal de pessoas jurídicas, porque no fim das contas haveria maiores garantias.<sup>581</sup> Contudo, se considerarmos a formalização como característica de todo o Direito sancionador (no qual garantias coincidam), o discurso hassemeriano não poderia explicar o que de fato diferenciaria pena e outras sanções; e dessa forma, afirma FEIJOO SÁNCHEZ que o conceito de formalização de HASSEMER “não apenas não pode servir para fundamentar uma determinada teoria da pena, mas nem sequer para estabelecer as características da pena como sanção”.<sup>582</sup>

A teoria da pena de HASSEMER em verdade não justifica a pena, mas tão-somente a existência do sistema jurídico e da intervenção estatal na solução de conflitos sociais específicos: a punição estatal não é diferenciada por suas maiores garantias, são as garantias que “derivam da intensa restrição de direitos que implica a pena”.<sup>583</sup> E mais importante, como reza a crítica: “a pena não se encontra rodeada de especiais garantias porque sirva para evitar a vingança privada ou reações informais, mas por suas conseqüências, porque as normas penais contemplam os piores males que o Estado pode impor aos cidadãos”.<sup>584</sup> Com estes apontamentos de FEIJOO SÁNCHEZ, fica evidente que não é possível justificar a pena como tão-somente “uma reação juridicamente formalizada aos delitos”, de tal forma que é o Direito (em geral), o Estado, “mediante a intervenção judicial (terceiro independente)”, que cumprirá a função “de evitar as reações sociais informais”.<sup>585</sup> E isso não apenas na esfera jurídico-penal, mas inclusive na esfera civil, em todo o momento que se estimula a jurisdição.<sup>586</sup>

---

<sup>580</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 379.

<sup>581</sup> *Ibidem*, pp. 379-380.

<sup>582</sup> *Ibidem*, p. 380.

<sup>583</sup> *Ibidem*, p. 382.

<sup>584</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>585</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

<sup>586</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, loq. cit.

As proposições de HASSEMER justificam, segundo a crítica, a regulação dos conflitos a ser fundamentados em concordância com a previsão legal em órgãos de justiça, sendo, em verdade, uma argumentação contra a privatização da solução dos conflitos sociais graves.<sup>587</sup> E seu ponto de partida além de insuficiente para a teoria da pena, torna possível defender um abolicionismo não radical (como LÜDERSEN), no qual os conflitos graves passem para outros ramos do Direito igualmente com formalidades e garantias; e o fato de que seus desenvolvimentos possam defender posições tão distintas mostra, na verdade, que não desenvolveu uma teoria da pena.<sup>588</sup> Em outras palavras, não justifica a aplicação da pena ao invés de outras medidas jurídicas (*p.ex.*, medidas de segurança, indenizações, sanções administrativas, etc): isso coincide, segundo o autor, com o fato de que HASSEMER não faz grande diferença até mesmo entre pena e outras sanções penais (*p.ex.*, medidas de segurança), uma vez que essa “legitimidade global do Direito Penal por seu caráter formalizado” inviabiliza distinções conceituais entre as próprias sanções penais.<sup>589</sup> E, assim, ressalta, a idéia de formalização do controle social concerne mais a uma justificação da existência de tipos de sanções estatais, mas não especificamente do sentido das penas na contemporaneidade.<sup>590</sup> Em que pese, o autor espanhol concordar com a idéia de que “é melhor a violência formal e controlada que a violência informal e descontrolada”, estipula que ela não serve para erigir “uma teoria global sobre o sentido da pena”, afirmando ainda que “somente podemos saber a quem castigar e em que medida para a pacificação social, se sabemos que sentido tem o uso da violência por parte do Estado”.<sup>591</sup>

Em suma, a fundamentação de HASSEMER, segundo FEIJOO SÁNCHEZ, traz uma base teórica “pouco consistente e argumentos pouco convincentes para desenvolver uma teoria da prevenção geral positiva” (isso desde o viés normativo até o empírico do ponto de partida hassemeriano).<sup>592</sup> A sua idéia de formalização, ressalta, colapsa como estrutura nesse tópico, demonstrando que suas bases não são tão

---

<sup>587</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, *op. cit.*, p. 382

<sup>588</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *loq. cit.*

<sup>589</sup> *Ibidem*, p. 383.

<sup>590</sup> *Ibidem*, p. 384.

<sup>591</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, *loq. cit.*

<sup>592</sup> *Ibidem*, p. 385.

empíricas quanto pretende e que suas conclusões mostram a influência de decisões valorativas ou axiológicas “que não foram devidamente expostas e que, desde logo, não se deduzem necessariamente de seus pontos de partida empíricos”.<sup>593</sup>

### **3.4.2.3. A violação à autonomia moral do indivíduo: a ditadura ética, a confusão entre Direito e moral**

Há um motivo para que JAKOBS tenha abandonado a versão inicial de sua teoria da prevenção geral positiva sob influência de seu mestre WELZEL e é a partir dela que nesse tópico será ressaltada a maior restrição à teoria hassemmeriana. A versão eticizante da prevenção geral, na qual o aspecto positivo da pena seria sua função de incursão ético-social em todos os membros de uma comunidade (sendo que o próprio HASSEMER já a identifica como o modelo desejado de prevenção geral positiva)<sup>594</sup>, manifesta uma estrutura obsoletizada desde as respostas críticas a sua predecessora (prevenção especial positiva) no palco teórico das justificações da pena.

Contudo, previamente a uma exposição crítica nesse sentido, em vista do defendido na tese de doutoramento de RODRIGUEZ<sup>595</sup>, que efetua uma diferenciação fundamental no sentido contrário ao supramencionado, ou seja, de que há uma diferença em afirmar que se impõe mediante a coação da pena uma “adesão interna forçada dos cidadãos aos valores jurídico-penalmente protegidos” (seria WELZEL) e o discurso do “reforço da consciência jurídica geral no respeito pelas normas jurídico-criminais” (seria HASSEMER).<sup>596</sup>

RODRIGUES encerra na “*imposição coativa de valores*” o conceito a ser afastado diante de um Estado democrático de Direito, uma vez que este não possui qualquer legitimidade para impor, pela força, crenças ou convicções internas, ultrapassando o limite representado pelo foro interno de cada um – decorrente da dignidade humana –, ou seja, as mesmas críticas destinadas à prevenção especial positiva valerão para a prevenção geral positiva, mas apenas se a prevenção geral

---

<sup>593</sup> FEIJÓ SÁNCHEZ, 2007, op. cit., pp. 385-386.

<sup>594</sup> MIR PUIG, 1995, op. cit., p. 52.

<sup>595</sup> RODRIGUES, 1995, op. cit., pp. 376 e ss.

<sup>596</sup> Inclusive citando a crítica de Mir Puig (citada aqui). Ibidem, p. 376.

positiva fosse interpretada nesse sentido, o qual a autora não faz.<sup>597</sup> Afirma que quando se fala em integração social, o objetivo é tão-somente alcançar a adaptação externa à legalidade penal, ou seja, de promover o respeito pelas normas jurídico-penais estabelecidas.<sup>598</sup> A autora ressalta a diferença entre normas morais e jurídicas quanto à possibilidade de coação, e declara a derrocada das críticas à prevenção geral positiva: a coação é exercida sobre a personalidade exterior do indivíduo e não moral-interior, respeitando a esfera íntima de proteção.<sup>599</sup>

A autora reafirma que a função do Direito Penal é protetora e defensora, não devendo possuir intentos pedagógicos, uma vez que a busca – para além de bons cidadãos – de boas pessoas leva a abusos repressivos já conhecidos; e, dessa forma, a integração social não está ligada a qualquer imposição coativa de valores, pois o Direito Penal não poderá exigir a adesão interior a qualquer concepção de Estado democrático.<sup>600</sup> O conceito de reforço da consciência jurídica geral, trazido pela estabilização de expectativas acerca da validade do ordenamento, em verdade, possui como objetivo a relativização do aspecto formalista (da teoria funcional), abrindo espaço para um sentido material, na expressão dos valores sociais.<sup>601</sup> Basicamente, destaca-se, como lado formal do Direito, a fundamentação da pena na violação da norma como pressuposto satisfeito para a punição, confirmando o poder do Direito; e a fundamentação material do Direito reside no abalo da fidelidade pública na validade do mesmo, adquirindo a finalidade da pena um sentido conformador de valores.<sup>602</sup>

Tais formulações indubitavelmente respondem quanto a qualquer crítica semelhante contra a teoria funcional da pena, mas não se aplica a teoria de HASSEMER. Quando o autor alemão insere, como foi exposto, o Direito Penal como parte integrante do controle social global, onde há uma relação de mutualismo normativo entre normas jurídico-penais e normas sociais, descritas diferencialmente apenas em um sentido de especificidade, HASSEMER opera um erro.

---

<sup>597</sup> RODRIGUES, 1995, op. cit., pp. 377-378.

<sup>598</sup> *Ibidem*, p. 378.

<sup>599</sup> RODRIGUES, *loq. cit.*

<sup>600</sup> *Ibidem*, pp. 378-379.

<sup>601</sup> *Ibidem*, p. 380.

<sup>602</sup> RODRIGUES, *loq. cit.*

O chamado controle social informal, constituindo o conjunto de censuras incorporadas culturalmente no seio da sociedade, como HASSEMER destaca, o exemplo dos pais, dos professores, etc., consiste em uma descrição da regulação das relações privadas nos quais se manifesta um feixe de normatividade plural, nas quais embora o elemento caótico desse universo de relações (nas palavras de ZAFFARONI et. al., nas complexas sociedades modernas não há um único sistema de valores)<sup>603</sup> impeça qualquer consideração, não retira a propriedade moral dessas normas sociais. Tal forma de controle sempre se dará de uma geração anterior à próxima como forma de educação social, contudo, quando o elemento estatal é adicionado a essa equação, surge a problemática relacionada a comparação entre uma censura entre privados (de um pai sobre o filho) com relação a uma censura penal (Estado sobre cidadão).

A posição aqui defendida é de que não é possível tal equivalência. As normas sociais possuem um conteúdo moral educador intransferível e particular das relações privadas, constituindo uma autoregulação dos membros da sociedade. Em outras palavras, a figura do Estado não pode ser comparada à figura dos pais, dos professores, dos padres, etc., da mesma forma que as normas jurídico-penais não podem ser comparadas às normas sociais, fincadas nos fenômenos socioculturais. Ao ignorar as diferenças essenciais dessas formas de normatividade, HASSEMER perde-se em uma confusão entre direito e moral<sup>604</sup>, e como FERRAJOLI preconiza, abre espaço para o legalismo-estatalismo ético, o que resultaria na promoção de um conformismo de condutas, um resultado de quando o Direito Penal é concebido “como instrumento insubstituível de ‘*orientação moral*’ e de ‘*educação coletiva*’”<sup>605</sup>, e se o Estado torna-se um “*gerador de valores éticos*” (para gerar basta a influência das normas jurídicos-penais), chegará a uma “*ditadura ética*”.<sup>606</sup>

Mais uma vez, a base da teoria da pena e do Direito Penal apresenta problemas, mas dessa vez do ponto de vista da sua compatibilidade com o Estado democrático de Direito. Para destacar a crítica na doutrina nacional, SALVADOR NETTO aponta tal problemática, salientado como deve ser “reservado e assegurado o espaço público

---

<sup>603</sup> ZAFFARONI et al, 2003, op. cit., p. 125.

<sup>604</sup> Assim, FERRAJOLI, 2006, op. cit., p. 256.

<sup>605</sup> FERRAJOLI, loq. cit.

<sup>606</sup> ZAFFARONI et al, 2003, op. cit., pp. 124-125.

destinado à pluralidade política e à relativização de valores”, ao contrário do que parece apoiar conservadoramente “a manutenção de um modelo social determinado, buscando-se a conservação das coisas e a normalização das mudanças”.<sup>607</sup>

Conforme MIR PUIG, um Estado que respeita a autonomia do indivíduo só pode abrigar um conceito como a prevenção geral positiva em seu sentido restritivo, o que não acontece com a versão fundamentadora da intervenção jurídico-penal.<sup>608</sup> Como afirma, “a missão do direito penal não deve ser incidir na consciência ético-social dos cidadãos, como pretendia WELZEL, e antes dele a corrente que proclamava a força configuradora dos costumes da pena jurídica”, sendo a atitude interna um valor intocável através da ameaça da pena, diante tanto de normas morais como na atitude interna frente ao Direito: “a imposição de uma atitude interna de fidelidade ao direito supõe a internalização da aceitação ética do Direito”.<sup>609</sup> Em síntese, considera rechaçável a prevenção geral positiva como autorização para intervir penalmente na adesão interna dos cidadãos.<sup>610</sup>

### **3.4.3. Aspectos positivos da teoria hassemeriana**

Após o destaque dos aspectos negativos da teoria hassemeriana da pena, cabe a análise dos aspectos positivos, ou seja, as contribuições da teoria hassemeriana para futuras elaborações da teoria da pena.

#### **3.4.3.1. A impossibilidade de uma teoria da pena ignorar a limitação do Direito punitivo a partir da prevenção geral positiva de Winfried Hassemer**

GÜNTHER ressalta que o mérito da prevenção geral positiva consiste na integração (ao contrário das demais teorias preventivas), das principais características de um Direito Penal próprio de um Estado democrático de Direito: “*limitação, restrição e*

---

<sup>607</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quartien Latin, 2009, p. 235.

<sup>608</sup> MIR PUIG, 1995, op. cit., p. 55.

<sup>609</sup> Ibidem, pp. 55-56.

<sup>610</sup> Ibidem, p. 56.

*formalização* da demanda geral por punição”.<sup>611</sup> Ainda que criticável a noção de formalização, HASSEMER alça em posição central de sua teoria da pena, nas palavras de GÜNTHER, a transmissão dos valores democráticos de um Direito Penal “vinculado aos princípios da dignidade humana, da formalização e da ultima ratio”: se a pena se apresenta como emissora de uma mensagem na teoria da prevenção geral positiva, a grande virada que HASSEMER apresenta é de que igualmente transmitirá a mensagem “da sua própria limitação”.<sup>612</sup> E, dessa forma, como afirma FEIJOO SÁNCHEZ, trará vantagens político-criminais em relação às teorias clássicas da pena, convertendo a prevenção geral positiva como “um programa normativo no marco de um Estado democrático de Direito”, permitindo “racionalizar a política criminal geral do Direito Penal e como teoria legitimadora do Direito penal permite ter em conta dito programa, tanto para justificar a pena como para limitar seu campo, meios e instrumentos de atuação”.<sup>613</sup>

#### **3.4.3.2. O primeiro passo na direção de uma teoria da pena**

Quando HASSEMER falha em construir uma teoria da pena que possa fundar um Direito Penal que esteja em conformidade com um Estado democrático de Direito, obtém um sucesso: a criação de um norte para uma teoria da pena que de fato esteja conforme o mesmo.

Quando o autor tenta legitimar a aplicação da punição porque o Direito Penal surge como uma alternativa às reações privadas informais, evitando, *p.ex.*, vinganças e disputas pessoais sem limite, a autotutela, enfim, a personalização do conflito, destacando a idéia de que seria melhor, portanto, uma violência formal e controlada à uma violência informal e descontrolada (parte de sua teoria que o aproxima de FERRAJOLI), o autor esboça uma teoria legítima para o Estado, entretanto, como já destacada a crítica de FEIJOO SANCHEZ, tais proposições são incompletas para se descrever uma teoria específica da sanção jurídico-penal, constituindo uma teoria de todas as sanções jurídicas, e, dessa forma, permanece em ausência a justificação do

---

<sup>611</sup> GÜNTHER, 2006, op. cit., p. 201.

<sup>612</sup> GÜNTHER, loq. cit.

<sup>613</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, op. cit., p. 373.

elementar *porque* da dor penal, ou seja, qual seria a motivação da escolha do Direito Penal para tutelar os conflitos sociais, sejam eles quais forem.

A teoria de HASSEMER, nesse sentido, dá um passo na direção de uma teoria da pena legítima da punição, pois quando se afirma que a punição do infrator é para poupá-lo de um mal maior torna-se imune à crítica que acomete as formas de prevenção geral – tal como se destacou em relação a JAKOBS – qual seja, a instrumentalização do indivíduo, seja em função de efeitos psicológicos da coletividade, da normas, do sistema, etc. Contudo, até a demonstração de uma justificativa para que o Estado use de violência contra o indivíduo, tais assertivas permanecem suspensas.

## CONCLUSÃO

O presente estudo, que empreendeu uma investigação para apontar a possibilidade da teoria da prevenção geral positiva servir como fundamento de um Direito Penal conforme um Estado democrático de Direito, colocaram-se a prova os conceitos estruturantes essenciais da mesma nas versões de Günther Jakobs e Winfried Hassemer. Após a análise da bibliografia utilizada, conclui-se que a teoria da prevenção geral positiva não possui os elementos necessários para justificar a punição estatal em um Estado democrático de Direito, ao menos, não conforme os fundamentos teóricos de Günther Jakobs ou Winfried Hassemer. E essa resposta se ampara nas seguintes conclusões.

A primeira conclusão que inviabiliza a possibilidade da prevenção geral positiva de Günther Jakobs personificar a resposta última para uma teoria da pena de um Estado (nesse caso, de qualquer forma de entidade estatal) resulta na percepção de que, em verdade, a teoria da prevenção geral positiva jakobsiana não constitui uma teoria legitimante da pena, mas tão-somente uma teoria descritiva da pena. Isto é, se o autor alemão busca tão-somente descrever uma forma de retribuição funcional, como arguem Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez, ou ainda, uma explicação, como operou Émile Durkheim, nesse caso, sua concepção sequer adentra o espectro de debates com relação a uma forma legítima de justificação para a aplicação da pena estatal.

A segunda conclusão que inviabiliza sua aplicação consiste no fato de que, ainda que pretendesse legitimar a aplicação da pena (tendo em vista essa dubiedade em função de se há um intento legitimador ou não), não obteria sucesso. Essa inferência ampara-se na fragilidade dos conceitos fundamentais de sua concepção. As noções da pena como forma de “estabilização de expectativas”, como “meio de comunicação”, ou como forma de “proteção da identidade normativa da sociedade”, possuem ou inconsistência que as viciam desde o momento de sua utilização – como é o caso da

idéia contestável, ainda que de um ponto de vista meramente normativo, de uma “identidade da sociedade” –, ou se manifestam insuficientes para legitimar a intervenção estatal através da violência, isto é, da aplicação específica da sanção jurídico-penal como forma de solução de um conflito social, dentre outras formas de intervenção do Estado – como é o caso das noções de “estabilização de expectativas” ou punição como “meio de comunicação” –, tornando inoperante sua concepção dentro da discussão. Inserida no debate sobre o caráter legitimador ou meramente descritivo do autor, tal confusão ainda se torna pior, pois gera um modelo asséptico, apriorístico, acrítico, conforme as críticas apontadas ao longo do estudo, que igualmente o torna inviável em um Estado democrático de Direito.

A terceira conclusão, igualmente apontando o insucesso da teoria jakobsiana, concerne à funcionalização radical de seu Direito Penal, sendo, nesse caso, observável a operação da instrumentalização do indivíduo. Essa fragilidade já era apontada em sua primeira versão de prevenção geral. O autor buscou livrar-se desse impasse, afastando-se de uma concepção psicologicista de prevenção geral positiva, formalizando sua teoria (ainda que ao extremo) no sentido de vincular a finalidade da pena unicamente à proteção do ordenamento jurídico (seja em um sentido específico e concreto ou em um sentido abstrato ou transcendental), prescindindo dos efeitos psicológicos sobre os membros da sociedade. Contudo, ao livrar-se desse problema, tão-somente deixou de instrumentalizar o indivíduo em função de efeitos psicológicos sobre outros, para instrumentalizá-lo em função das próprias normas. Em outras palavras, como resultado de sua dinâmica para responder questões prévias, criou novos problemas.

A quarta conclusão ressalta o fracasso da teoria jakobsiana diante de um primeiro obstáculo (outra formação teórica) posicionadao diante de seus preceitos: as cifras negras. A questão é de que, se se argumenta que diante de uma violação da norma urge uma reação para recomposição de expectativas quanto a intocabilidade da mesma porque do contrário haveria uma erosão normativa, haveria que se questionar de que form ase sustentaria a concepção funcional-sistêmica diante da presença das cifras negras da criminalidade. E a resposta alcançada é de que não se sustenta. As cifras negras operam o colapso das crenças de Günther Jakobs e a redução de seu discurso a não mais que um discurso de emergência que não possui amparo nesse

referencial empírico. Em outras palavras, se o autor estivesse correto, nesse momento, a dimensão normativa restaria em uma situação caótica.

A quinta conclusão, pertinente a prevenção geral positiva de Winfried Hassemer, versa sobre o apontamento de que a teoria hassemeriana igualmente não constitui uma teoria da pena, mas tão-somente uma teoria da sanção jurídica. Contudo, nesse ponto, está um passo à frente da teoria jakobsiana. O discurso do autor é apresentado de forma expressa e sem dubiedade acerca de sua intenção legitimadora e pode explicar porque se aplicam as sanções, mantendo uma perspectiva crítica e incluindo a tentativa em utilizar referenciais empíricos (ainda que polêmicos) para tal, chegando mais próximo de uma justificação. Contudo não obtém sucesso na tarefa de diferenciar tais sanções qualitativamente em relação à sanção jurídico-penal e não oferece resposta à questão que respeita ao motivo da aplicação específica da pena.

A sexta conclusão é de que Winfried Hassemer, assim como já apontado em Günther Jakobs, apresenta fragilidade nos conceitos fundamentais de sua concepção. Ao compartilhar as noções da pena como forma de “estabilização de expectativas” e como “meio de comunicação”, a teoria hassemeriana submete-se às mesmas críticas, isto é, manifesta insuficiência para legitimar a intervenção estatal através da violência e da aplicação específica da pena. Além destas, apresenta outras idéias fundamentais para sua construção teórica, ausentes na teoria de Günther Jakobs, quais sejam, os conceitos de “controle social” e “formalização” do Direito Penal, que são revelados como concepções problemáticas. Devido à ambigüidade e imprecisão do conceito de controle social e a insuficiência do conceito de “formalização” do Direito Penal (da mesma forma que as noções que compartilha com a teoria jakobsiana), fragilizam a teoria hassemeriana como resposta última para a teoria da pena.

A sétima conclusão é de que a teoria de Winfried Hassemer igualmente não obtém sucesso diante da teoria das cifras negras em razão dos mesmos problemas: a operação do erro da seqüência “violação da norma e sua reação”, em nome da estabilização de expectativas defraudadas para evitar erosão normativa (o autor refere a erosão dos valores, sendo sua concepção não radicalmente juspositivista como a de Günther Jakobs).

A oitava conclusão diz respeito ao maior erro de Winfried Hassemer. Sua teoria acarreta a violação da autonomia moral do indivíduo. Como exposto, ao fusionar duas formas de normatividade, comparando as censuras nas relações privadas às censuras jurídico-estatais, assim como o reforço aos valores fundamentais da sociedade (de forma semelhante a Émile Durkheim) opera a confusão entre Direito e moral. Dessa forma, dá um passo atrás em relação à teoria de Günther Jakobs, que justamente operou mudanças em sua teoria de forma a evitar essas críticas. Desse forma, ainda que tal teoria não possuísse os problemas quanto à fragilidade ou insuficiência de idéias centrais, ainda assim sua teoria não fundamentaria o Direito penal de forma legítima, ou, em outras palavras, de acordo com um Estado democrático.

Essas conclusões já oferecem uma base mais do que suficiente para satisfazer ao escopo original da pesquisa em responder a questão central, qual seja, se os fundamentos teóricos que sustentam a prevenção geral positiva apresentados por estes dois autores estão adequados ao Direito Penal contemporâneo. A conclusão maior é no sentido negativo, pelo menos se inserindo em uma concepção de Estado democrático de Direito. Contudo, resta inferir se tais teorias apresentam alguma contribuição para o mesmo, uma vez que até momento foram elencados os aspectos negativos das mesmas. Resta, portanto, apresentar as conclusões que concernem aos aspectos positivos, ou contribuições, desses autores para a teoria da pena.

A nona conclusão do estudo respeita ao avanço oferecido por Günther Jakobs, em relação à prevenção especial positiva e geral negativa, sobre a exclusão da incursão estatal na subjetividade dos indivíduos. Como demonstrado, a teoria jakobsiana evolui de uma teoria clássica de prevenção geral positiva (aproximada a seu mestre Hans Welzel) para uma teoria que simplesmente exige o respeito, ou seja, uma ação negativa no sentido de não infringir o ordenamento jurídico. Dessa forma, mantém-se distante da ingerência psíquica, e não recai nas críticas sobre a ditadura ética de um Estado que requer a normalização dos seus cidadãos.

A décima conclusão consiste na segunda contribuição de Günther Jakobs para a teoria da pena. Sua labutosa teorização traz noções inéditas ao palco da discussão, inaugurando ou reforçando a inauguração de uma nova racionalidade, seja em um plano geral, ou em um plano específico de penologia, que atenta contra vícios

mecanicistas da disciplina, ou seja, confunde qualquer ortodoxia dogmática, incentivando um raciocínio diverso do penalista, obrigando-o a se concentrar mais no desenvolvimento de algo novo, a partir de um raciocínio puro ou livre a eternas classificações e conceitualizações obsoletas.

A décima primeira conclusão concerne à primeira contribuição de Winfried Hassemer, isto é, a extensão do seu conceito de prevenção geral positiva. A teoria hassemeriana traz como passo obrigatório às próximas formulações, não apenas de espécies de prevenção geral positiva, mas de quaisquer teorias da pena a serem apresentadas hodiernamente, a discussão sobre a limitação do Direito punitivo na própria sede da penologia.

A décima segunda conclusão é consequência da segunda contribuição de Winfried Hassemer. Isto é, na busca por uma fórmula de prevenção geral positiva legítima, ao qual não obtém êxito, em função dos problemas supracitados, a teoria hassemeriana dá o primeiro passo na direção de uma teoria da pena, esta legítima, uma vez que centra pela primeira vez a justificação da punição na própria figura do indivíduo estatalmente violentado, mas sem tentar alterá-lo. Este esboço de teoria permanece apenas um esboço, inominado e insondado.

Sendo estas as contribuições de Günther Jakobs e Winfried Hassemer para teoria da pena, o objetivo do estudo resta esgotado. Contudo há que se ressaltar uma conclusão adicional, inesperada durante a pesquisa.

A décima terceira conclusão diz respeito à face metamórfica da prevenção geral positiva de Günther Jakobs. Durante a análise, inserida em um contexto de debate sobre a verdadeira natureza da teoria da pena jakobsiana, surge a conclusão de que na verdade tal teoria não consiste em uma teoria da prevenção geral positiva. Demonstrou-se que o autor construiu uma nova forma de teoria mista no qual prepondera o caráter retributivo sobre o preventivo, afastando-se definitivamente da teoria defendida por Winfried Hassemer. Como denominá-la torna-se secundário, até mesmo porque a posição firmada no final dessa pesquisa é de que seria necessário uma denominação inédita.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistêmica. **Revista Doctrina Penal**, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, año 8, nº 29, pp.9-26, 1985;

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica sobre a prevenção geral positiva de Günther Jakobs. **Revista de Estudos Criminais**, n.26, jul./set. 2007;

\_\_\_\_\_. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.16, n.70, pp. 41-70, jan./fev. 2008;

BUSTOS, Ramírez, Juan J; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Lecciones de derecho penal**. Parte general. Madrid: Editorial Trotta, 2006;

CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. ¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio Preliminar. In: JAKOBS, Günther. **La pena estatal: significado y finalidad**. Traducción y estudio preliminar Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Cuadernos Civitas, 2006. (Traducción del original Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004), pp. 15-82;

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia**. O homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997;

\_\_\_\_\_. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Portugal: Coimbra Editora, 2004;

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 (Coleção Tópicos);

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. **Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2007;

GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal:** introducción. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1995;

GIL, Alicia Gil. Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal. In: RIPOLLÉS, José Luis Díez et al (ed.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo:** libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 9-35;

GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I. **Revista Direito GV**, São Paulo, FGV v.2, n.2, pp. 187-203, jul./dez. 2006;

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à criminologia.** Tradução, apresentação e notas por Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008;

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, Notadez v.2, n.8, pp. 54-66, 2003a;

\_\_\_\_\_. Características e crises do direito penal moderno. In: HASSEMER, Winfried. **Direito Penal:** fundamentos, estrutura, política. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução Adriana Beckman Meirelles... [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008<sup>a</sup>, pp. 243-262;

\_\_\_\_\_. Derecho penal y filosofía del derecho. In: HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad:** bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999a;

\_\_\_\_\_. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, v.8, n.29, p.9-20, abr./jun. 2008b;

\_\_\_\_\_. **Fundamentos del derecho penal.** Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984;

\_\_\_\_\_. **Introdução aos fundamentos do direito penal:** Einführung in die Grundlagen des Strafrechts. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005;

\_\_\_\_\_. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais; IBCCRIM v.6, n.23, jul./set. 1998;

\_\_\_\_\_. Por que e para qual fim punimos? In: HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário.** Tradução do original Freiheitliches Strafrecht de Regina Greve. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

HASSEMER, Winfried. **Por qué no debe suprimirse el derecho penal**. Traducción del original por Miguel Ontiveros Alonso. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003b;

\_\_\_\_\_. ¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? In: HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999b;

\_\_\_\_\_. Proceso penal sin protección de datos. In: ROMEU CASABONA, Carlos María (dir.) **La insostenible situación del derecho penal**. Granada : Editorial Comares, 2000;

\_\_\_\_\_. Sinais e crises do direito penal moderno. HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução do original Freiheitliches Strafrecht de Regina Greve. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

\_\_\_\_\_. The State is No Longer the Leviathan. **German Law Journal**, v. 05, n. 05., pp. 603-607, 2004. Interview with Reinhard Muller;

\_\_\_\_\_. Viejo y nuevo derecho penal. In: HASSEMER, Winfried, MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1995;

\_\_\_\_\_. Viejo y nuevo derecho penall. In: HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução de Francisco Muñoz Conde e M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999c;

JAKOBS, Günther. ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Cuadernos Civitas, 2003a;

\_\_\_\_\_. ¿Derecho penal Del enemigo? Um estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Eds.). **Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad**: seminario con Günther Jakobs en la UAM. Prólogo Günther Jakobs. Navarra: Cuadernos Civitas, 2008;

\_\_\_\_\_. **Derecho penal**: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Strafecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2<sup>a</sup> edición, 1991, Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2<sup>a</sup> edición corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997;

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CANCIO MELIÁ, Manuel, JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução da obra Derecho penal del enemigo. Organização e tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

\_\_\_\_\_. Entrevista com Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, FMP, CEIP v.4, n.8, pp. 11-17, jan./abr. 2003;

\_\_\_\_\_. La idea de la normativización em la dogmática jurídico-penal. In: JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Cuadernos Civitas, 2003b;

\_\_\_\_\_. Sobre a teoria da pena. In: JAKOBS, Günther. **Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido: dois estudos de Günther Jakobs**. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003c (Estudos de Direito Penal; 3);

\_\_\_\_\_. Sobre el concepto de delito contra la persona. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre: FMP, CEIP, v. 3, n. 5, p. 167-182, jan./abr. 2002;

\_\_\_\_\_. **Sobre la teoria de la pena**. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1998 (Cuadernos de Conferencias y Artículos; nº 16);

\_\_\_\_\_. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Tradução Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, São Paulo: Manole, 2003d (Estudos de Direito Penal; v.6);

\_\_\_\_\_. **Teoria e prática da intervenção**. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003e (Estudos de Direito Penal; 8);

\_\_\_\_\_. Terroristas como personas en Derecho? In: CANCIO MELIÁ, Manuel. GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. (orgs.) **Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión**. V.2. Buenos Aires: Bdef, 2006;

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Tradução da obra Strafecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª edição, por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008;

JESCHECK, Hans-heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte General. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993;

LUHMANN, Nils. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2010 (Coleção sociologia);

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983 (Biblioteca tempo universitario; 75);

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985 (Biblioteca tempo universitário; 80);

MAURACH, Reinhart. **Derecho penal**. Parte General I. Teoría del derecho penal y estructura del hecho punible. Actualizada por Heinz Zipf. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994;

MIR PUIG, Santiago. Sociedad, norma y persona en Jakobs. **Revista Brasileira de Direito Público RBDP**, Belo Horizonte, Fórum v.2, n.4, JAN/FEV/2004;

\_\_\_\_\_. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. In: BUSTOS, Ramírez, Juan (Dir.). **Prevención y teoría de la pena**. Santiago del Chile: Editorial jurídica ConoSur, 1995, 49-58;

\_\_\_\_\_. **Función de la pena y teoría del delito em el estado social y democrático del derecho**. 2ª edición revisada. Barcelona: BOSCH, 1982;

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

NEUMANN, Ulfried. Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva. 10 teses. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais; IBCCRIM v.14, n.63, pp. 268-276, nov./dez. 2006;

PLATÃO. **Protágoras**. Tradução, introdução e notas de Ana da Piedade Elias Pinheiro. Lisboa: Humanitas, 1999 (Coleção Humanitas Autores Gregos e Latinos);

RIGHI, Esteban. **Teoría de la pena**. Buenos Aires: Hamurabi, 1991;

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**: os critérios da culpa e da prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 1995;

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson-Civitas, 2006;

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartien Latin, 2009;

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Tradução Mauricio Antonio Ribeiro. Barueri: Manole, 2004 (Estudos de Direito Penal; V. 11);

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Eficiencia y derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Política criminal y persona**. Buenos Aires: AD-HOC, 2000;

SCHÜNEMANN, Bernd. Aporias de la teoría de la pena en la filosofía: pensamientos sobre Immanuel Kant. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, Nº. 2, abril, 2008;

\_\_\_\_\_. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). **Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin**. Barcelona: Editorial Bosch, 1997;

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. Parte general I: el hecho punible. Traducción Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson-Civitas, 2005;

\_\_\_\_\_. Qué aporta la teoría de los fines de la pena? **Revista Brasileira de Ciências Criminales**, v.15, n.66, maio/jun. 2007;

SUTHERLAND, Edwin Hardin. **White Collar Crime**. New York: Dryden Press, 1949.

VON HIRSCH, Andrew. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. In: ARROYO ZAPATERO, Luiz. NEUMANN, Ulfrid. NETO, Adam M. **Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. El Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha: Cuenca, 2003;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, et al. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume**. Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. São Paulo: Revan, 2003;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006. v. 1;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991;