

SEM REVISÃO

Rediscutindo os fins da pena

Bruno Marcon^(*)

Estagiário de Direito

Renato Flávio Marcão^(**)

Promotor de Justiça – SP

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origem e missão do Direito Penal. 3. Desenvolvimento histórico e filosófico da pena através dos tempos. 4. As escolas penais: 4.1 Escola Clássica. 4.2 Escola Positiva. 4.3 A *Terza Scuola* Italiana e escolas intermediárias. 4.4 A Nova Defesa Social. 5. Principais teorias sobre os fins da pena: 5.1 Teorias absolutas ou de justiça. Pena retributiva e expiatória. 5.2 Prevenção geral. 5.3 Prevenção especial. 5.4 Teoria mista ou unificadora da pena. 5.5 Teoria da prevenção geral positiva. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Conceituar o Direito não é tarefa fácil.

Conhecer seus institutos, suas relações com as coisas da vida, e estabelecer sobre eles uma verdade universal é mesmo impossível, não só em razão da enorme diversidade cultural reinante ainda nos tempos atuais, apesar da globalização, que de certa forma tende a criar um núcleo mais ou menos homogêneo em vários segmentos, mas, sobretudo, em razão dos variados fundamentos filosóficos que certos temas encerram. Não é outra a realidade do Direito e de seus apaixonantes temas.

Talvez por essa razão Hart⁽¹⁾ tenha sentenciado que mesmo hábeis juristas têm sentido que, embora conheçam o direito, há muito acerca do direito e das suas relações com outras coisas que não são capazes de explicar e que não compreendem plenamente.

Para Kant o direito é uma coação universal, que protege a liberdade de todos. Stuart Mill dizia que o direito é uma liberdade limitada por outra liberdade.

(*) Acadêmico da Universidade Paulista.

(**) Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Penal pela Universidade Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional. Professor de Direito Penal, Processo e Execução Penal na Unirp e Unip, em São José do Rio Preto-SP. Sócio-fundador da AREJ – Academia Riopretense de Estudos Jurídicos. Coordenador Cultural da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo – Núcleo de São José do Rio Preto-SP. Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP).

Obs.: Notas explicativas no final do artigo.

Conforme Vicente Ráo,⁽²⁾ “o direito ampara o ser humano desde o momento em que é concebido e enquanto vive no ventre materno. E depois o segue e acompanha em todos os passos e contingências de sua vida, contemplando o seu nascimento e, com o seu nascimento, o início de sua personalidade. Protege-lhe, com a liberdade, a integridade física e moral. Prevê e segue, de grau em grau, seu desenvolvimento físico e moral, dispondo sobre sua capacidade progressiva ou sobre sua incapacidade. Regula relações de família, como filho, parente, nubente, esposo e pai, bem assim suas relações patrimoniais, quer tenham por objeto bens corpóreos, quer recaiam sobre outras pessoas, obrigadas a uma prestação de dar, fazer, ou não fazer alguma coisa. Prevê e disciplina as conseqüências patrimoniais e penais da violação de seus direitos”.

E segue o renomado autor afirmando que “...encontra-se, pois, a origem do direito na própria natureza do homem havido como ser social. E é para proteger a personalidade deste ser e disciplinar-lhe sua atividade, dentro do todo social de que faz parte, que o direito procura estabelecer, entre os homens, uma proporção tendente a criar e a manter a harmonia na sociedade. Constitui, pois, o direito, o fundamento da ordem social”.

De uma forma simplificada, para Von Liszt⁽³⁾ o Direito é a ordenação da sociedade organizada em Estado; manifesta-se em um sistema de normas coercitivas que ligam os particulares com a comunidade e que garantem a consecução dos fins comuns. Todo direito existe para o homem. Tem por objeto a defesa dos interesses da vida humana. O Direito é, por sua natureza, a proteção dos interesses.

2. Origem e missão do Direito Penal

Conhecer a origem do Direito Penal, sua missão, e estabelecer sobre ele alguns conceitos fundamentais é o ponto de partida para uma compreensão mais profunda de qualquer de seus institutos, notadamente a pena, como é a pretensão do presente trabalho.

Assevera Maurício Antonio Ribeiro Lopes⁽⁴⁾ que “o Direito Penal, como objeto de ciência autônoma, nasce com o iluminismo. É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os fundamentos do direito de punir e da legitimidade das penas (em particular, da pena de morte) na dialética das relações entre os indivíduos, que tomavam consciência de seu intrínseco valor humano, e o Estado, saído do período do absolutismo à procura de diferentes estruturas: o motivo condutor era a concepção jusnaturalista do Estado e do direito. Nessa perspectiva, tem desde logo importância a elaboração do princípio da legalida-

de e, junto a este, com predominante função de garantia, o tema da sanção penal”.

Proteger valores e bens jurídicos fundamentais da vida comunitária no âmbito da ordem social, e garantir a paz jurídica em sua plenitude são desafio e tarefa do Direito Penal.

Sauer⁽⁵⁾ ensina que o delito é uma aparição, nunca extirpada completamente, da vida social de todos os povos e de todas as épocas; ele exige o tratamento e a luta segundo determinadas linhas de orientação sobre cujo conteúdo essencial os modernos estados civilizados estão de acordo, apesar dos desvios nas formações mais recentes.

O mesmo Sauer afirma que o Direito Penal é, segundo sua essência e conteúdo, o tratamento jurídico e ético-social do delito.

Na lição de Welzel⁽⁶⁾ “o Direito Penal é aquela parte do ordenamento jurídico que determina as características da ação delituosa e impõe penas ou medidas de segurança. Missão da ciência penal é desenvolver e explicar o conteúdo destas regras jurídicas e sua conexão interna, é dizer, ‘sistematicamente’. Como ciência sistemática estabelece a base para uma administração de justiça igualitária e justa”. E arremata: “A missão do Direito Penal é proteger os valores elementares da vida em comunidade”.

Na concepção de Welzel, a tarefa do Direito Penal é a necessidade de preservação dos valores éticos-sociais, não se restringindo à mera proteção de bens jurídicos.

Todavia, como é intuitivo, a concepção de Welzel não reina absoluta, e conforme assinala Juarez Tavares citando Wessels,⁽⁷⁾ é bastante questionável a matéria referente às funções do Direito Penal. Dentre as mais diversas e muitas orientações, cita o renomado autor três grupos principais: a) dos que entendem que sua tarefa consiste, primeiramente, em proteger os valores éticos-sociais do ânimo (ação) e só secundariamente os bens jurídicos concretos; b) dos que se fixam exclusivamente (ou quase exclusivamente) na proteção dos bens jurídicos; c) dos que vinculam a proteção aos bens jurídicos com outros fins ou mais propriamente com a paz jurídica ou social.

Para Von Liszt,⁽⁸⁾ se o direito tem como missão principal o amparo dos interesses da vida humana, o direito penal tem como missão peculiar a defesa mais enérgica dos interesses especialmente dignos e necessitados de proteção por meio da ameaça e execução da pena, considerada como um mal contra o delinquentes.

Seja qual for a orientação a ser seguida, a missão/função incumbida ao Direito Penal se subordina, entre outros fatores, à forma de Estado, absoluto ou de direito, que condiciona a produção legislativa no âmbito do Direito Penal.

3. Desenvolvimento histórico e filosófico da pena através dos tempos

A origem da pena é a vindita. Nos povos primitivos a idéia da pena nasceu do sentimento de vingança, inicialmente na forma privada, e posteriormente foi alçada à categoria de direito.

Segundo René Ariel Dotti,⁽⁹⁾ “é generalizada a opinião de que a pena deita raízes no instinto de conservação individual movimentado pela vingança. Tal conclusão, porém, é contestada diante da afirmação segundo a qual tanto a vingança de sangue como a perda da paz não caracterizavam reações singulares, mas a revolta coletiva”.

O homem primitivo, assinala Oswaldo Henrique Duek Marques,⁽¹⁰⁾ “encontra-se muito ligado à sua comunidade, pois fora dela sentia-se desprotegido dos perigos imaginários. Essa ligação refletia-se na organização jurídica primitiva, baseada no chamado vínculo de sangue, representado pela recíproca tutela daqueles que possuíam uma descendência comum. Dele se originava a chamada vingança de sangue, definida por Erich Fromm como ‘um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto’”.⁽¹¹⁾

Após o surgimento do Estado, com o aparecimento das religiões, surgiram regras de Direito Penal com conotação de divindade. A punição se aplicava em nome desta. Conforme ensinamentos de Henny Goulart,⁽¹²⁾ “sendo o ato considerado como atentado à divindade, a sanção tendia para a eliminação ou expulsão do transgressor, sacrifício que se oferecia aos deuses”.

A vingança perdeu até ser substituída pelas penas públicas.

Para René Ariel Dotti,⁽¹³⁾ “a idéia da pena como instituição de garantia foi obtendo disciplina através da evolução política da comunidade (grupo, cidade, Estado) e o reconhecimento da autoridade de um chefe a quem era deferido o poder de castigar em nome dos súditos. É a pena pública que, embora impregnada pela vingança, penetra nos costumes sociais e procura alcançar a proporcionalidade através das formas do talião e da composição. A expulsão da comunidade é substituída pela morte, mutilação, banimento temporário ou perdimento de bens”.

Não se deve confundir a origem histórica da pena com sua origem jurídica.

Na correta visão de Henny Goulart:⁽¹⁴⁾ “A partir do século XV, a elaboração das idéias liberais, condicionada pela renovação de conceitos a respeito do mundo e do destino do ser humano, acentua-se, concretizada, afinal, no século XVIII, com os postulados da Revolução Francesa. Novas concepções

surgem, então, no campo penal e, com elas, as doutrinas acerca do fundamento do direito de punir”.

A abordagem do tema impõe destacar, desde logo, a figura de Cesare Bonessana, Marquês de Beccaria, filósofo italiano, nascido em Milão, em 1738, seguidor das idéias de Rousseau e Montesquieu, autor do famoso livro *Dos delitos e das penas* (1764), a quem se tem atribuído a criação da idéia utilitarista e o movimento de renovação do Direito Penal da época, que deu origem à Escola Clássica, de que fizeram parte Carmignani, Carrara, Feuerbach, Filangieri, Pessina, Romagnosi, entre outros.

Conforme lição de Carrara,⁽¹⁵⁾ é quiçá impossível enumerar todos os diversos sistemas que imaginaram os publicistas para dar ao direito de castigar seu princípio fundamental, e é difícil o distingui-los, porque, ainda que amiúde são diferentes na exterioridade das palavras, se unificam no fundo. Contudo, indica os seguintes:

1º) A vingança – Hume, Pagano, Vecchioni, Bruckner, Raffaelli, Romano e outros – Admitiram que uma paixão avessa poderia converter-se em um direito exigível, e no direito de vingar-se.

2º) A vingança purificada – Luden – A sociedade castiga para que o indivíduo não se vingue.

3º) A represália – Doutrina idealizada pelo norte-americano Francis Lieber, que no fundo não é senão um simples disfarce da vingança.

4º) A aceitação – Sistema por meio do qual se elimina a questão, pois sustenta que, uma vez promulgada a lei que estabelece a pena, o cidadão, ao cometer o delito que sabe castigado de tal forma, se submete voluntariamente a essa pena, e não tem razão de queixar-se dela.

5º) A convenção – Rousseau, Montesquieu, Burlamaqui, Blackstone, Vattel, Beccaria, Mably Pastoret, Brissot de Warville – Cessão à sociedade do direito privado de defesa direta.

6º) A associação – Puffendorf – A constituição da sociedade desenvolve o direito punitivo, por causa da união mesma.

7º) A reparação – Klein, Schneider, Wicker – Parte do princípio absoluto de que quem haja causado um dano, o deve reparar, de onde deduz que o delinqüente deve reparar o dano que tenha causado à sociedade.

8º) A conservação – A sociedade, ao castigar, exerce o direito que tem de ser a sua própria conservação e não pode conservar-se se não detém os demais, castigando o delinqüente. Esta doutrina tem se expressado ora com a simples fórmula da defesa social indireta (Romagnosi, Comte, Rauter, Guiliani) ou com a fórmula mais vaga da necessidade política (Feuerbach, Krug, Baver,

Carmignani). É esta uma idéia perigosa, porque põe nas mãos da autoridade um arbítrio terrível; e, por outra parte, indica a razão de castigar, mas não demonstra por que a sociedade tem direito de castigar um por temor aos outros.

9º) A utilidade – Hobbes, Bentham – Este princípio se apóia sobre o falso postulado de que a utilidade (entendida no sentido de bem material) subministra o supremo princípio do bem moral e a origem adequada do direito.

10º) A correção – Roeder, Ferreira, Mazzoleni, Marquet-Vasselot – O fundamento desta doutrina se expressa dizendo que a sociedade tem direito de castigar o culpável para emendá-lo.

11º) A expiação – Kant, Henche, Pacheco – É um princípio de justiça absoluta, segundo o qual quem tenha causado um mal deve expiar sua falta sofrendo um mal.

12º) A defesa continuada – Esta fórmula foi proposta por Thiercelin como um novo princípio, mais parece um simples desenvolvimento do princípio da defesa direta.

4. As Escolas Penais

4.1 Escola Clássica

Após a contribuição de Cesare Beccaria, nos últimos anos do século XVIII e na primeira metade do século XIX, sob a efervescência das idéias iluministas, desenvolvem-se os estudos da Escola Clássica Criminal, também chamada idealista, filosófico-jurídica, crítico-forense etc., que é livre-arbitrista, individualista e liberal, considerando o crime fenômeno jurídico e a pena, meio retributivo.

Na visão de Roberto Lyra,⁽¹⁶⁾ os clássicos são contratualistas e racionalistas; foram, inicialmente, mais ou menos jusnaturalistas, aceitando, em regra, o predomínio de normas absolutas e eternas sobre as leis positivas.

Para Francesco Carrara a pena é um conteúdo necessário do direito. É o mal que a autoridade pública inflige a um culpado por causa de seu delito.

Mais exatamente, na definição de Carrara,⁽¹⁷⁾ a pena é um mal que, de conformidade com a lei do Estado, infligem os juizes aos que são tidos culpados de um delito, havendo-se observado as devidas formalidades. “A pena não é simples necessidade de justiça que exija a expiação do mal moral, pois só Deus tem a medida e a potestade de exigir a expiação devida, tampouco é uma mera defesa que procura o interesse dos homens as expensas dos demais; nem é fruto de um sentimento dos homens, que procuram tranqüilizar seus ânimos frente ao perigo de ofensas futuras. A pena não é senão a sanção do preceito ditado pela lei eterna, que sempre tende à conservação da humanidade e a pro-

teção de seus direitos, que sempre procede com observância às normas de Justiça, e sempre responde ao sentimento da consciência universal”.⁽¹⁸⁾

Para a Escola Clássica a pena é um mal imposto ao indivíduo que merece um castigo em vista de uma falta considerada crime, que voluntária e conscientemente cometeu.⁽¹⁹⁾

A finalidade da pena é o restabelecimento da ordem externa na sociedade. É o bem social, representado pela ordem que se obtém mercê da tutela da lei jurídica.⁽²⁰⁾

4.2 Escola Positiva

Cesare Lombroso foi o fundador da Escola Positiva. Teve como precursores Bentham (Inglaterra, 1748-1832) e Romagnosi (Itália, 1761-1835), entre outros.

Segundo Roberto Lyra,⁽²¹⁾ “a Escola Positiva, também chamada italiana, nova, moderna ou antropológica (Lombroso, Ferri, Garofalo, Fioretti), é determinista e defensivista, encarando o crime como fenômeno social e a pena como meio de defesa da sociedade e de recuperação do indivíduo. Chama-se positiva, não porque aceite o sistema filosófico mais ou menos comteano, porém, pelo método. Inicialmente, sofreu a influência de Darwin, Spencer e Haeckel, com as novas concepções da natureza, do homem e da sociedade, mormente a doutrina da evolução”.

Para a Escola Positiva o crime é um fenômeno natural e social, e a pena meio de defesa social.

Enquanto os clássicos aceitam a responsabilidade moral, para os positivistas todo homem é responsável, porque vive e enquanto vive em sociedade (responsabilidade legal ou social) .

Para os positivistas o Direito Penal deveria subordinar-se ora à Antropologia Criminal (Lombroso) ora à Sociologia Criminal (Ferri) ora à Criminologia (Garofalo).

Cesare Beccaria disse ao homem: conhece a Justiça; Cesare Lombroso disse à Justiça: conhece o homem.

4.3 A *Terza Scuola Italiana* e escolas intermediárias

Em meio aos extremos bem definidos das Escolas Clássica e Positiva, surgiram ao longo dos tempos posições conciliatórias.

A primeira dessas correntes surge com a publicação, na Itália, de um artigo de Manuel Carnevale, denominado “*Una Terza Scuola di Diritto Penale in Itália*”, em 1891, que assinala o início do que se convencionou denominar positivismo crítico.

Comportam destaque, nesta fase, a obra de Bernardino Alimena (“*Naturalismo crítico e diritto penale*”) e Impallomeni (“*Instituzioni di diritto penale*”).

Embora acolhendo o princípio da responsabilidade moral, não aceitam que a responsabilidade moral fundamente-se no livre arbítrio, substituindo-o pelo determinismo psicológico.

Para Impallomeni, a imputabilidade resulta da intimidabilidade; para Alimena, resulta da dirigibilidade dos atos do homem, e a sociedade não tem o direito de punir, mas somente o de defender-se nos limites do justo.

Surgiram, depois, posições críticas, ecléticas e, finalmente, unitárias.

São dignas de menção: a Escola Técnico-Jurídica, chamada por Ugo Spirito de Conceção Técnico-Jurídica (Rocco, Manzini, Massari, Battaglini, Paoli, Saltelli, Di Falco, Finzi); a Escola do Idealismo Atualístico (Groce, Gentile, Costa, Spirito, Maggiore); e a Escola Penal Humanista (Lanza, Falchi, Montalbano, Pappalardo). Visa-se a reatar os vínculos do Direito Penal com a Filosofia e a Moral. O campo da penalidade deve ser idêntico ao da moralidade (Lanza).

O movimento unitário mais significativo foi o da União Internacional do Direito Penal (Von Liszt, Von Hamel e Prins).

4.4 A Nova Defesa Social

Depois da II Guerra Mundial, reagindo ao sistema unicamente retributivo, surge a Escola do Neodefensivismo Social, liderada por Marc Ancel, na França, e por Filippo Grammatica, na Itália, que segundo seus postulados não visa punir a culpa do agente criminoso, apenas proteger a sociedade das ações delituosas. Essa concepção rechaça a idéia de um direito penal repressivo, que deve ser substituído por sistemas preventivos e por intervenções educativas e reeducativas, postulando não uma pena para cada delito, mas uma medida para cada pessoa.⁽²²⁾

Conforme ensina Damásio E. de Jesus,⁽²³⁾ “para a Defesa Social, a pena tem três finalidades:

1ª) não é exclusivamente de natureza retributiva, visando também a tutelar os membros da sociedade;

2ª) é imposta para a ressocialização do criminoso;

3ª) a máquina judiciária criminal deve ter em mira o homem, no sentido de que a execução da pena tenha um conteúdo humano”.

Considerando que o crime é uma doença, e o criminoso, portanto, um doente, Manoel Pedro Pimentel⁽²⁴⁾ sustentava que a sociedade tem o dever de se defender dos ataques contra bens e interesses tutelados juridicamente. To-

davia, no seu entender a de castigo, e o Direito Penal passaria a ser Direito de Defesa Social; o Código Penal, então, seria denominado Código de Defesa Social. Os presídios já não seriam prisões, e sim casas de tratamento.

Destacava em seus respeitáveis ensinamentos o renomado penalista a palavra pena deveria ser substituída pela expressão medida de defesa social, ou outra equivalente, afastando-se do sentido, como tríplice objetivo da Defesa Social:

“1 – a pena não tem somente caráter expiatório, mas interessa também para a proteção da sociedade;

2 – a pena, além de ser exemplar a retributiva, tem um escopo de melhoramento senão mesmo de uma reeducação do delinqüente;

3 – a justiça penal deve ter sempre presente a pessoa humana, além das simples exigências da técnica processual, a fim de que o tratamento penal seja sempre humano”.

5. Principais teorias sobre os fins da pena

5.1 Teorias absolutas ou de justiça. Pena retributiva e expiatória

Foram defensores das teorias absolutas, entre outros, Carrara, Petrocelli, Maggiore e Bettiol na Itália, Binding, Maurach, Welzel e Mezger na Alemanha, mas, principalmente, Kant e Hegel. Para Kant a fundamentação é de ordem ética, para Hegel é de ordem jurídica.

Para as teorias absolutas a pena é a retaliação e a expiação, uma exigência absoluta de justiça, com fins aflitivos e retributivos, opondo-se a qualquer finalidade utilitária.

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt,⁽²⁵⁾ “segundo o esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer Justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto”.

As chamadas teorias absolutas, diz Sauer,⁽²⁶⁾ melhor chamadas teorias da pena conforme a Justiça, apóiam-se na filosofia do idealismo alemão, especialmente em Kant e Hegel. A pena encontra seu fundamento somente em sua referência ao delito; segundo sua gravidade determina-se sua quantia como que se satisfazem as exigências do ordenamento jurídico e a Justiça. Assim como a boa ação merece reconhecimento, a má ação requer reprovação e compensação.

É conhecido o exemplo apontado por Kant no sentido de que: “Se a sociedade civil resolver autodissolver-se, com a concordância de todos os seus

cidadãos, mesmo assim, caso esta sociedade habitar uma ilha e resolver abandoná-la espalhando-se pelo mundo, o último assassino condenado e preso teria que ser executado, antes do abandono final da ilha pelo último membro do povo. Isto deverá assim acontecer para que cada um receba a punição equivalente aos seus atos e a dívida de sangue não permaneça vinculada ao povo”.⁽²⁷⁾

Em síntese, Kant entende que o réu deve ser castigado apenas por ter delinqüido, Não estabelece nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para a sociedade, retirando toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. “A aplicação da pena decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito”.⁽²⁸⁾

Hegel também é partidário de uma teoria retributiva da pena. Sua tese resume-se em sua conhecida frase: “A pena é a negação da negação do Direito”.⁽²⁹⁾ Em verdade, Kant e Hegel atribuem à pena um conteúdo talional.

O fundamento da pena em Hegel é jurídico, já que ela se destina à restabelecer a vigência da vontade geral, que é a lei, negada que fora pela vontade do delinqüente. “Ela é uma exigência de Justiça e se funda na pura retribuição. É um fim em si mesma e não serve a qualquer outro propósito que não seja o de recompensar o mal com o mal (fundamento metafísico Kantiano). Não tem, pois, uma finalidade, se considerada objetivamente”.⁽³⁰⁾

No escólio de Claus Roxin,⁽³¹⁾ são três os inconvenientes que podem ser apresentados na análise da teoria da retribuição. O primeiro decorre do fato de que a referida teoria pressupõe já a necessidade da pena, que deveria fundamentar. E assevera: “Pois se o seu significado assenta na compensação da culpa humana, não se pode com isso pretender que o Estado tenha de retribuir com a pena toda a culpa. Cada um de nós considera-se culpado perante o próximo de muitas maneiras, mas não somos por isso puníveis. E, igualmente, a culpa jurídica acarreta conseqüências de tipos diversos, como por exemplo, um dever de indenização por danos, mas apenas em raras ocasiões a pena. A teoria da retribuição, portanto, não explica em absoluto quando se tem de punir, mas apenas refere: ‘Se impuserdes – sejam quais forem os critérios – uma pena, com ela tereis de retribuir um crime’. O segundo, nos seguintes termos: A liberdade humana pressupõe a liberdade de vontade (o livre-arbítrio), e a sua existência, como os próprios partidários da idéia da retribuição concordam, é indemonstrável. Por fim, o terceiro argumento é no sentido de que, mesmo quando se considere que o alcance das penas estatais e a culpa humana se encontram suficientemente fundamentadas com a teoria da expiação, colocar-se-ia sempre uma terceira objeção, a saber: a própria idéia de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um ato de fé. Pois, considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometi-

do, acrescentando-lhe um segundo mal: sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arraigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança, e que a retribuição tome a seu cargo ‘a culpa de sangue do povo’, expie o delinqüente etc., tudo isto é concebível apenas por um ato de fé, que, segundo a nossa Constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal”.

Feitas, em síntese, tais considerações, conclui o jurista: “A teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante. Nada se altera com a substituição, que amiúde se encontra em exposições recentes, da idéia de retribuição (que recorda em demasia o arcaico princípio de talião), pelo conceito dúbio de ‘expição’, na medida em que, se com ele se alude apenas a uma ‘compensação da culpa’ legitimada estatalmente, subsistem integralmente as objeções contra uma ‘expição’ deste tipo. Se, pelo contrário, se entende a expição no sentido de uma purificação interior conseguida mediante o arrependimento do delinqüente, trata-se então de um resultado moral, que por meio da imposição de um mal mais facilmente se pode evitar mas que, em qualquer caso, se não pode obter pela força”.

Embora entendendo que a retribuição compensadora não é condizente com o Estado Democrático de Direito por não respeitar o princípio da dignidade humana, o que não nos parece correto, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Junior⁽³²⁾ destacam que a teoria retributiva apresenta uma grande qualidade quando propõe a idéia de medição da pena, que atende ao princípio da proporcionalidade, “dado informativo de qualquer moderna legislação penal”.

5.2 Prevenção geral

Intimidação de todos os membros da comunidade jurídica pela ameaça da pena.

Destacam-se entre os defensores da teoria da prevenção geral da pena, entre outros, Beccaria, Bentham, Feuerbach, Filangieri e Schopenhauer.

Anselm v. Fueurbach foi quem formulou a teoria da coação psicológica, expressão jurídico-científica da prevenção geral, segundo a qual “é através do Direito Penal que se pode dar uma solução ao problema da criminalidade”.⁽³³⁾

Claus Roxin,⁽³⁴⁾ entretanto, contraria a teoria da prevenção geral nos seguintes termos: “Em primeiro lugar, permanece em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar. A

doutrina de prevenção geral partilha com as doutrinas da retribuição e da correção esta debilidade, ou seja, permanece por esclarecer o âmbito do criminalmente punível. A ela se acrescenta uma ulterior objeção: assim como na concepção da prevenção especial não é delimitável a duração do tratamento terapêutico-social, podendo no caso concreto ultrapassar a medida do defensável numa ordem jurídico-liberal, o ponto de partida da prevenção geral possui normalmente uma tendência para o terror estatal. Quem pretender intimidar mediante a pena tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível. Outro argumento reside no fato de que, em muitos grupos de crimes e de delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito de prevenção geral da pena. Por fim, uma última objeção: Como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, ma em consideração a outros? Mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal”. E conclui: “A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objeções de princípio semelhante às outras duas: não pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas conseqüências; é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico”.

Na precisa compreensão de Mezger, como instrumento de prevenção, a pena deve “atuar social e pedagogicamente sobre a coletividade” (prevenção geral) e deve “proteger a coletividade ante o condenado e corrigir a este” (prevenção especial).

Ameaça que é, a pena constitui, como assinala Néelson Hungria, “um poderoso meio profilático da *fames peccati*” e “um freio contra o crime” que, se de um lado, “reafirma o princípio da autoridade, que o criminoso afrontou”, de outro representa “um indireto contramotivo aos possíveis criminosos de amanhã”.⁽³⁵⁾

5.3 Prevenção especial

Postulado da moderna política criminal, cuida-se da prevenção do delito por atuação sobre o autor. Dirige-se exclusivamente ao delinquent, para que este não volte a delinquir.

Segundo Sauer,⁽³⁶⁾ não oferece ao juiz na medição da pena nenhum ponto de apoio e não oferece tampouco referências de valoração adequadas.

Conforme Jescheck, citado por Cezar Roberto Bitencourt,⁽³⁷⁾ várias correntes defendem uma postura preventivo-especial da pena. Na França, por exemplo, pode-se destacar a teoria da Nova Defesa Social, de Marc Ancel; na Alema-

nha, a prevenção especial é conhecida desde os tempos de Von Liszt, e, na Espanha, foi a Escola Correcionalista, de inspiração Krausista, a postulante da prevenção especial. Independentemente do interesse que possa despertar cada uma destas correntes, foi o pensamento de Von Liszt que deu origem, na atualidade, a comentários de alguns penalistas sobre um “retorno a Von Liszt”, conforme leciona Mir Puig.⁽³⁸⁾

Na lição de Maurach,⁽³⁹⁾ em seu conjunto, a prevenção especial está orientada a desenvolver uma influência inibitória do delito no autor. A sua vez, esta finalidade se subdivide em três fins da pena: intimidação (preventivo individual), ressocialização (correção) e asseguramento. Neste sentido, a intimidação e a ressocialização podem ser concebidas como objetivos positivos, enquanto elas buscam reincorporar o autor à comunidade jurídica, ou bem mantê-lo nela; busca assegurar a recuperação do autor para a comunidade.

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinqüiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os partidários da prevenção especial preferem falar de medidas e não de penas, como assinala Mir Puig.⁽⁴⁰⁾

Para Claus Roxin,⁽⁴¹⁾ a teoria da prevenção especial tende, mais que um Direito Penal da culpa retributivo, a deixar o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal. Outra objeção consiste no fato de que, nos crimes mais graves, não teria de impor-se uma pena caso não existisse perigo de repetição, e esclarece: “O exemplo mais contundente é constituído, neste momento, pelos assassinos dos campos de concentração, alguns dos quais mataram cruelmente, por motivos sádicos, inúmeras pessoas inocentes. Tais assassinos vivem hoje, na sua maioria, discreta e socialmente integrados, não necessitando portanto de ressocialização alguma; nem tampouco existe da sua parte o perigo de uma reincidência ante o qual deveriam ser intimidados e protegidos. Deverão eles, então permanecer impunes?” E arremata afirmando: “A teoria da prevenção especial não é capaz de fornecer a necessária fundamentação da necessidade da pena para tais situações”. Coloca a última objeção nos seguintes termos: “O que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Porque não hão de poder viver conforme desejam os que fazem à margem da sociedade. Será a circunstância de serem incômodos ou indesejáveis para muitos dos seus concidadãos causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias? Tais perguntas parecem levemente provocadoras”. E conclui: “Expressando numa só frase: a teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o Direito Penal, porque

não pode delimitar os seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social coativa, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações”.

Entre nós, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Junior⁽⁴²⁾ entendem que a prevenção especial “pode representar uma idéia absolutista, arbitrária, ao querer impor uma verdade única, uma determinada escala de valores e prescindir da divergência, tão cara às modernas democracias. Suas qualidades, por outro lado, são inescandíveis. Esta teoria tem um caráter humanista, pois põe um acento no indivíduo, considerando suas particularidades, permitindo uma melhor individualização do remédio penal. Além disso, sua atuação específica permite o aperfeiçoamento do trabalho de reinserção social”.

5.4 Teoria mista ou unificadora da pena

Sem desprezar os principais aspectos das teorias absolutas e relativas, como é intuitivo, as teorias mistas ou unificadoras buscam reunir em um conceito único os fins da pena. A doutrina unificadora defende que a retribuição e a prevenção, geral e especial, são distintos aspectos de um mesmo fenômeno que é a pena.

Em resumo, as teorias unificadoras acolhem a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena.

5.5 Teoria da prevenção geral positiva

As teorias unificadoras não obtiveram o êxito desejado junto aos doutrinadores da época, que continuaram os estudos e pesquisas para uma perfeita teoria sobre os fins da pena.

Da insatisfação reinante, dos estudos e pesquisas que nunca cessaram, surge a teoria da prevenção geral positiva, que se apresenta com duas subdivisões: prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora.

A primeira não visa a intimidação ou a proteção de bens jurídicos. Busca, apenas, a afirmação de vigência da norma perante a sociedade.

Para a segunda, a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado.

6. Considerações finais

A sociedade e a comunidade jurídica reclamam resultados ainda não alcançados pelo Direito Penal brasileiro, e um dos principais caminhos para o estudo e compreensão do tema é identificar o fim, ou os fins, da pena, já que o Direito Penal tem sido avaliado por aquilo que se entende deva ser seu resultado, que é buscado, *lato sensu*, com a pena.

Tem se entendido e proclamado que o Direito Penal, através da imposição de penas, deve conter a criminalidade, os índices de reincidência, e resolver as graves distorções que envolvem a segurança pública.

Conforme já anotamos acima, em linhas de considerações finais, há quem vislumbre o predomínio da função retributiva da pena. Nesse sentido é o pensar de Élio Morselli,⁽⁴³⁾ para quem: “A pena é integradora, ou melhor, reintegradora dos valores fundamentais da vida coletiva, somente quando for considerada em função retributiva, ou seja, como correspondente do mal infligido pelo réu à sociedade. Se perder de vista este necessário significado de decorrência de um *malum actionis*, considerando, assim, a pena como um instrumento de política criminal, então, não mais será possível conseguir a neutralização do alarme social, nem, por conseguinte, a reconstituição do equilíbrio intrapsíquico individual e coletivo. Conseqüentemente, nem o sentimento de Justiça nem a consciência jurídico-social encontrarão a necessária satisfação e consolidação”.

O conceito de retribuição é um conceito ético. A propósito, na lição de Giuseppe Bettiol:⁽⁴⁴⁾ “No estágio atual do desenvolvimento cultural, qualquer sofrimento infligido ao culpado além da exigência retributiva é realmente um mal; e é sentido também como mal insuportável todo sofrimento infligido nos limites formais da retribuição quando esta não for entendida como adequada ao conceito de retribuição. O verdadeiro conceito de retribuição é um conceito ético que deve ter presente a natureza moral do homem. É com base na idéia de retribuição que o critério da proporcionalidade ingressou no Direito Penal, já que a pena retributiva deve ser estritamente proporcionada ao comportamento anterior. A força real da pena está, realmente, em sua justiça, ou seja, em sua proporcionalidade. Quando se desvia dessa diretriz termina-se por remover do Direito Penal sua base ética e por negar-se ao réu toda garantia substancial de liberdade. Entre o ente homem e o ente pena deve existir perfeita correlação, porque o homem enquanto pessoa moral tem ‘direito’ à pena, não podendo ser violado em sua natureza para ser submetido a medidas profiláticas, que dizem respeito apenas ao aspecto ‘zoológico’ da personalidade humana. O homem somente se salva salvando a idéia retributiva da pena”.

Também comporta destaque a lição de Eduardo Correa,⁽⁴⁵⁾ para quem “a retribuição impõe o estabelecimento do *quantum* máximo de pena que é justo que o delinqüente sofra. Mas, sendo assim, logo se vê que a retribuição pode sempre conciliar-se com o *quantum* de pena exigido pelas necessidades de prevenção geral – a pena que seja necessária e suficiente para intimidar a generalidade das pessoas, afastando-as da prática de crimes: ponto é que a prevenção seja justa. Retribuir significa ainda, porque a retribuição supõe e se

liga à culpa do agente, estimular o sentido de auto-responsabilidade do delinqüente: é essencial dar-lhe a idéia de que está nas suas mãos o corrigir-se; que, portanto, esta tarefa não pode pertencer ao sistema de execução das penas (o qual só lhe pode fornecer os meios para tanto) mas a ele próprio. Assim, se consegue, por esta via, um sistema monístico que não exclui, antes envolve, a possibilidade de realização de fins éticos, afastando ou evitando, por outro lado, as críticas da prevenção geral”.

De qualquer forma, seja qual for o suporte filosófico que se adote, cremos que é inafastável a utilidade da pena. Conforme asseverou Marco Antonio de Barros em excelente artigo: “Incogitável a desvinculação da pena de um sentido útil. A utilidade lhe é inerente (e aqui vamos sempre enfocar a pena privativa de liberdade). Além do Estado visar fortalecer a repressão preventiva por meio do traço intimidativo que a sanção penal possa exprimir na consciência do indivíduo, do ponto de vista estrutural, permite-se tripartir as funções da pena em retributiva, humanitária e ressocializadora”.⁽⁴⁶⁾

Com efeito, na prática, salta aos olhos no Direito Penal brasileiro uma enorme antinomia entre o desejo do legislador e a realidade evidenciada. Os fundamentos filosóficos determinantes da prática legislativa (cominação das penas) não alcançam a finalidade pretendida, não se concretizam na aplicação e execução das penas.

Na maioria dos processos criminais submetidos à apreciação do Poder Judiciário inexistente uma correta avaliação da culpabilidade, das circunstâncias que influenciam na aplicação das penas, que quase sempre muito pouco se distanciam do mínimo legal, e raríssimas vezes se aproximam do limite oposto.

Até porque inexistentes elementos suficientes, porquanto não investigados adequadamente, não há uma correta aferição da culpabilidade, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e conseqüências do crime, de maneira que a individualização da pena torna-se fadha, desatendendo o espírito do legislador infraconstitucional e também a regra constitucional asseguradora de tal direito público subjetivo.

O Estado revela-se absolutamente incompetente diante da questão penitenciária.

É preciso anotar, ainda, que, modernamente, para punir os crimes mais graves a pena aplicada com maior freqüência é a de prisão, e, “ingressando no meio carcerário, o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar, é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializa-

do para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem prisionizado”.⁽⁴⁷⁾

A conclusão a que chegou Marco Antonio de Barros⁽⁴⁸⁾ no artigo precitado é a de que “nos dias atuais a pena privativa de liberdade não espelha a justa punição filosoficamente inspirada pelo legislador. Teoricamente a pena tem como características, além da função repressiva, os fins retributivo, humanitário e ressocializante do condenado. Todavia, da forma como as coisas caminham, hoje a pena é de ser tida apenas e tão-somente como expiação. Castigo severíssimo para determinadas infrações de menor gravidade. Portanto, de pouco sentido útil, já que desobediente aos dogmas ético, humano e ressocializador”.

Para uma singela conclusão a respeito dos fins da pena nos dias atuais, ousamos estabelecer e adotar um paralelo com o raciocínio de que se vale a doutrina do direito penal de intervenção mínima, para quem o direito penal só deve intervir nas questões essencialmente penais.

Adotando tal critério e considerando que a formação moral do homem e da sociedade não depende de qualquer punição, na essência, e que deve ser alcançada através de outros estímulos éticos-sociais, temos que a finalidade primeira da pena é somente punir. Punir é retribuir uma violação da norma de conduta, com a conseqüência legal que a própria sociedade houve por bem estabelecer, direta ou indiretamente. A essência é a retribuição.

Se o legislador deve estabelecer como delito somente aquilo que interessa ao Direito Penal, usando o mesmo raciocínio conclui-se que a pena não pode ter outra finalidade que não a punição com sentido retributivo; não se presta, de forma principal, a corrigir, educar ou fincar preceitos éticos-sociais, em curto ou longo espaço de tempo, na personalidade deformada, ou não, do criminoso. Se só interessa ao Direito Penal o que é de Direito Penal, só cabe à pena a adequada e justa retribuição do mal: a punição. Se por ser adequada e justa ela terminar por surtir outros efeitos educativos, secundários, de prevenção especial ou geral, melhor ainda. Todavia, não quer dizer que não surtindo estes outros efeitos educativos não estaria alcançando seus fins.

Não é com a pena que se irá educar aquele que durante mais de dezoito anos de convivência social não conseguiu se autodeterminar para a vida ordeira.

Agregada a idéia de retribuição, não como finalidade primeira, segue a idéia de estímulo a que o criminoso se autodetermine em conformidade com

os padrões vigentes de conduta social. Assim, a prevenção especial é secundária e não deve integrar, na essência, os fins da pena.

A prevenção geral é apenas uma ambição remota.

A autodeterminação é da essência do ser humano. No mais das vezes a pena não serve de contra-estímulo ao criminoso que a recebe, até porque ao se autodeterminar para o crime já conhece a existência da possibilidade de punição, e até a possibilidade de ser morto em eventual reação da parte ofendida, de terceiros ou policiais, e mesmo assim não se demove de seu desiderato. Por óbvio, servirá menos ainda a outro qualquer criminoso potencial. A parcela ordeira da sociedade, distante da realidade criminosa, ínfimo ou mesmo nenhum reflexo sofrerá da apenação imposta a outrem, na sua particular formação e personalidade. Um homem de bem não deixa de cometer crimes porque um certo e determinado criminoso fora condenado. Fosse o inverso, campeando a impunidade, toda a sociedade ordeira se voltaria para a prática de crimes os mais variados, e não é isso que ocorre.

Após avaliadas as diversas teorias e doutrinas que acima se expuseram, a conclusão a que chegamos é no sentido de que o fim da pena é a retribuição.

NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) HERBERT L. A. HART. “O conceito de direito”. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, pág. 18.
- (2) VICENTE RÁO. “O direito e a vida dos direitos”. São Paulo: Ed. RT, 1997, págs. 48-49.
- (3) FRANZ VON LISZT. “*Tratado de derecho penal*”. Madrid: Reus, 1927, pág. 2.
- (4) “Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima”. RT 757/402.
- (5) GUILHERMO SAUER. “*Derecho penal*”, Parte general. Barcelona: Bosch. 1956, pág. 7.
- (6) HANS WELZEL. “*Derecho penal alemán*”. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 1.
- (7) JOHANNES WESSELS. “Direito penal”, Parte geral. Trad. Juarez Tavarez. Porto Alegre: Fabris, 1976, pág. 3.
- (8) *Op. cit.*, pág. 5.
- (9) RENÉ ARIEL DOTTL. “Bases e alternativas para o sistema de penas”. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1998, pág. 31.
- (10) OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES. “Fundamentos da pena”. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pág. 2.
- (11) ERICH FROMM. “Anatomia de destrutividade humana”. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, pág. 366. *Apud* OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES. “Fundamentos da pena”. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pág. 3.
- (12) HENNY GOULART. “Penologia I”. 1ª ed. São Paulo: Editora Brasileira de Direito, 1975, pág. 25.
- (13) *Op. cit.*, pág. 31.
- (14) *Op. cit.*, pág. 27.
- (15) FRANCESCO CARRARA. “*Programa de Derecho Criminal*”, Parte general, Bogotá, Temis, vol. II, § 601, págs. 44-47

- (16) ROBERTO LYRA. “Novíssimas escolas penais”. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, pág. 6.
- (17) *Op. cit.*, § 584, pág. 34.
- (18) *Op. cit.*, § 610, pág. 62.
- (19) ANTONIO MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO. “As três escolas penais”. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1938, pág. 263.
- (20) MARIO A. CATTANEO. “*Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*”, Torino, G. Giappichelli, 1988, pág. 105
- (21) ROBERTO LYRA. “Expressão mais simples do direito penal”. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976, pág. 28.
- (22) CUELLO CALÓN. “*La moderna penología*”. Barcelona: Bosch, 1958. T. 1/26. *Apud* DAMÁSIO E. DE JESUS. “O novo sistema penal”. São Paulo: Saraiva, 1977, pág. 34.
- (23) DAMÁSIO E. DE JESUS. “O novo sistema penal”. São Paulo: Saraiva, 1977, pág. 34.
- (24) MANOEL PEDRO PIMENTEL. “Ensaio sobre a pena”. RT 732/769-778, out. 1996.
- (25) CEZAR ROBERTO BITENCOURT. “Manual de direito penal”. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 99.
- (26) GUILHERMO SAUER. “*Derecho penal*”, Parte general. Barcelona: Bosch, 1956, pág. 18.
- (27) PETER WALTER ASHTON. “As principais teorias de direito penal, seus proponentes e seu desenvolvimento na Alemanha”, RT 742/444.
- (28) CEZAR ROBERTO BITENCOURT. “Falência da pena de prisão – Causas e alternativas”. São Paulo: Ed. RT, 1993, pág. 103.
- (29) *Idem, ibidem*.
- (30) SÉRGIO SALOMÃO SCHECAIRA; ALCEU CORRÊA JUNIOR. “Pena e Constituição”. São Paulo: Ed. RT, 1995, pág. 99.
- (31) CLAUS ROXIN. “Problemas fundamentais de direito penal”. Lisboa: Vega, 1986, págs. 19-20.
- (32) SÉRGIO SALOMÃO SCHECAIRA; ALCEU CORRÊA JUNIOR. *Op. cit.*, pág. 100.
- (33) CEZAR ROBERTO BITENCOURT. “Falência da pena de prisão – Causas e alternativas”. São Paulo: Ed. RT, 1993, pág. 115.
- (34) *Op. cit.*, págs. 22-23.
- (35) NÉLSON HUNGRIA. “Novas questões jurídico-penais”. Rio de Janeiro: Jacintho, 1940, pág. 132.
- (36) GUILHERMO SAUER. *Op. cit.*, pág. 56.
- (37) CEZAR ROBERTO BITENCOURT. “Manual de direito penal”, Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 1999, pág. 112.
- (38) SANTIAGO MIR PUIG. “*Introducción a las bases del derecho penal*”. Barcelona: Bosch, 1976, pág. 70.
- (39) REINHART MAURACH. “*Derecho penal*”, Parte general. Buenos Aires: Astrea, 1995, pág. 761.
- (40) SANTIAGO MIR PUIG. “*Función de la pena y teoría del delito en el Estado Democrático de Derecho*”. Barcelona: Bosch, 1982, pág. 70.
- (41) *Op. cit.*, pág. 21.
- (42) *Op. cit.*, pág. 100.
- (43) ÉLIO MORSELLI. “A função da pena à luz da moderna criminologia”. IBCCrim 19/45-46. São Paulo, Ed. RT, ano 5, jul./set. 1997.
- (44) GIUSEPPE BETTIOL. “Direito penal”. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. RT, 1976. V. III, pág. 102.
- (45) EDUARDO CORREA. “Direito criminal”. Coimbra: Almedina, 1999, págs. 65-66.
- (46) MARCO ANTONIO DE BARROS. “Abalos à dignidade do Direito Penal”. RT 747/489.
- (47) MANOEL PEDRO PIMENTEL. “O Crime e a pena na atualidade”. São Paulo: Ed. RT, 1983, pág. 158.
- (48) MARCO ANTONIO DE BARROS. “Abalos à dignidade do direito penal”. RT 747/492.