

O FUNDAMENTO DA PENA EM ROXIN* **(Sentido e limites da pena estatal)**

I - A pergunta chave que Roxin faz, e que procurará responder, é “Como e sob que pressupostos pode se justificar que um grupo de homens, reunidos em um Estado, prive de liberdade algum de seus membros, ou intervenha de outro modo, conformando sua vida, sua existência social?”, ou seja, é uma pergunta acerca da **legitimação** e dos **limites** da força estatal.

As respostas que encontramos, ao longo dos últimos séculos, poderiam ser resumidas da seguinte forma:

I - TEORIA DA RETRIBUIÇÃO:

A culpabilidade do autor deve ser compensada com a inflição de um **mal** penal. Busca-se a realização de uma idéia: **justiça**. Segundo o próprio Roxin, a pena não serviria para nada, sendo apenas um fim em si mesma. Tem que ser assim para que a justiça possa imperar.

Poderíamos aqui fazer menção a dois filósofos clássicos: **Kant** e **Hegel**. **Kant** afirma que se a sociedade, por algum motivo, resolve desfazer-se, findando aquele grupamento social, ter-se-ia de executar até a última pena existente, mesmo que não mais exista corpo social que insista neste castigo. Isso porque cada condenado deve, necessariamente, “*sofrer o que seus fatos merecem*”. **Hegel**, por sua vez, oferece fórmula (por todos conhecida como “fórmula dialética de Hegel”), em que o crime é a negação do Direito e a pena é a negação do crime. Em assim sendo, a pena seria a “*negação da negação do Direito*” e, desta forma, a pena serviria para afirmar o Direito, ou melhor, para restabelecê-lo.

Esta, enfim, seria a idéia de **compensação retributiva**.

A primeira crítica lança por Roxin seria que a teoria retributiva diz que, havendo culpabilidade, deve-se impor pena, mas **não** responde **quando** se tem que apenar. Uma série de situações do cotidiano implica culpabilidade humana, mas nem todas carecem de pena¹. Então, Roxin vai dizer que a teoria retributiva não “fundamenta” a inflição, ou seja, sob que pressupostos a culpabilidade humana autorizaria o Estado a castigar. Seria, enfim, “um cheque em branco ao legislador”, constituindo-se em uma **debilidade teórica** e um **perigo prático**, justificando qualquer ideologia autoritária ou absolutista.

A segunda crítica seria que a possibilidade de culpabilidade humana teria de estar centrada na liberdade da vontade, no livre-arbítrio. Se o indivíduo deve ser livre para agir, por que deveria ser castigado por sua escolha? Se determinada escolha leva ao castigo, seria indemonstrável a idéia de liberdade no agir.

A terceira crítica seria que, considerando-se racionalmente, não é compreensível como se pode apagar um mal acrescentando um outro. Roxin afirma que tal procedimento corresponde a um arraigado impulso de vingança humano. A idéia mesma de retribuição compensadora, enfim, só se pode fazer plausível mediante um “ato de fé”.

Roxin resume as três críticas em uma frase: *“A teoria da expiação não nos pode servir, porque deixa obscuros os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como conhecimento de fé irracional e ademais impugnável, não é vinculante”*.

II - TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL:

¹ Exemplo disso seria ignorar um amigo em via pública ou um inadimplemento contratual que exigem, respectivamente, apenas uma reprimenda moral e uma resposta cível indenizatória.

Esta teoria não quer retribuir um fato passado, senão que vê a justificação da pena em que se deve prevenir novos delitos do autor. De que maneira isso poderia ser feito?²

1º - **corrigindo o corrigível**, que hoje denominamos “ressocialização”;

2º - **intimidando o intimidável**;

3º - **fazendo inofensivo**, mediante pena privativa de liberdade, aos que não são nem corrigíveis nem intimidáveis, dando-nos uma idéia de **neutralização**.

Roxin diz que a idéia de um Direito Penal preventivo, de segurança e correção, é sedutora, uma vez que sóbria e de tendência construtivo-social, inobstante seja criticável, apesar de clara em suas metas.

Idêntica objeção já feita à teoria expiatória, uma vez que também não delimita o *jus puniendi* estatal. O esforço terapêutico-social do Estado deve dirigir-se, de antemão, apenas contra os inadaptados **em extrema medida** à sociedade. Poderia, tal teoria, justificar (e aqui está o perigo) um tratamento penal a inimigos políticos, rebeldes etc., moldando os cidadãos à ideologia política do Estado.

Adendo a essa crítica seria que, como tratamento terapêutico-social, a pena não teria limites, já que o tratamento deveria acontecer até que se alcançasse uma definitiva correção, deixando o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal.

A segunda crítica seria que, mesmo que o delito seja grave, não haveria necessidade de pena se não existisse **perigo de repetição**. Mesmo que irrepetíveis não podem restar impunes e, desta forma, a teoria preventivo-especial não teria como fundamentar a pena nestes casos.

² Esta teoria, em sua forma moderna, vem da época da Ilustração, tendo retrocedido no séc. XIX ante a teoria retributiva, mas, em fins do séc. XIX, ressurgiu com força graças a Franz v. Liszt.

A terceira crítica seria de cunho ideológico-filosófico. Que respostas poderiam ser dadas às seguintes indagações?

1º - O que legitima que a maioria da população obrigue a minoria a acomodar-se às formas de via gratas àquela?;

2º - De onde obtemos o direito de poder educar e submeter a tratamento, contra sua vontade, pessoas adultas?;

3º - Por que aqueles que preferem viver à margem da sociedade não podem viver do modo que desejam?

Roxin resume as críticas em uma frase: *“A teoria da prevenção especial não é idônea para justificar o Direito Penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade dos delitos sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social forçosa, mediante uma pena, não contém em si mesma sua legitimação, senão que necessita de fundamentação jurídica a partir de outras considerações”.*

III - TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL:

Esta teoria afirma o sentido e o fim da pena não na influência sobre o autor senão em seus efeitos intimidatórios sobre a generalidade. O seu mais famoso representante é Anselm v. Feuerbach que no início do séc. XIX baseou seu sistema no pensamento da intimidação geral com a famosa teoria da **coaço psicológica**.

Caberia a mesma objeção dantes feita às outras teorias, uma vez que permanece sem resolver frente a que comportamentos tem o Estado a faculdade de intimidar, restando obscuro o âmbito do punível. E a isso se acrescentaria uma ulterior objeção: assim como a concepção preventivo-especial não delimita a duração do tratamento terapêutico-social (e que, no caso, pode ultrapassar a medida do defendível em uma ordem jurídico-liberal), o ponto de partida preventivo-geral tem

uma tendência ao terror estatal. Não se faculta ao Estado que seus fins justifiquem seus meios, o que seria contrário ao Direito.

A segunda crítica seria que não se pode comprovar até onde vai o efeito preventivo-geral de um *quantum* de pena. Não tem efeito nem sobre delinqüentes profissionais nem sobre delinqüentes impulsivos-ocasionais. Nestes casos, e até em outros, a força intimidatória das ameaças penais é especialmente escassa, não tendo diminuído a criminalidade. Roxin diz que cada delito é já, pelo só fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral.

A terceira crítica seria a seguinte indagação: como se justifica que se castigue um indivíduo, não em consideração a este, mas considerando os outros? Como pode ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam-se no cometer um mal?

Kant já criticava esta teoria, uma vez constituir uma afronta à dignidade humana. O ordenamento jurídico estaria vendo o indivíduo como objeto (à disposição da coação estatal) e como material humano utilizável.

Roxin resume as críticas em uma frase: *“Não pode fundamentar o jus puniendi estatal em seus pressupostos nem limitá-lo em suas conseqüências; é discutível político-criminalmente e carece de legitimação que concorde com os fundamentos do ordenamento jurídico”*.

IV - TEORIA UNIFICADORA ADITIVA:

Tem-se intentado considerar como válidas as três teorias anteriores, em conjunto, como feito no Projeto de Código Penal alemão de 1962, uma vez que cada teoria tem os seus pontos aproveitáveis.

Roxin acredita que essa mera soma das teorias não pode ser válida, vez que destrói a lógica imanente a cada disposição, aumenta o âmbito de aplicação da pena e se converte em meio de reação apto para qualquer emprego (bom ou mau), o que seria inaceitável em um Estado de Direito.

V – TEORIA UNIFICADORA DIALÉTICA:

Assim exposto, Roxin procura trazer uma resposta prática àquela indagação inicial do fundamento da pena. A primeira observação que ele fará é que **ameaçar** com pena, **impor** pena e **executar** a pena são esferas de atividade estatal que precisam de justificativas **diferentes, separadas**. Cada teoria, portanto, deve ser pensada para um dos graus (acima indicados) de realização do Direito (que Roxin chama de “**consideração gradual**”): a teoria preventivo-especial à execução, a idéia de retribuição à sentença e a concepção preventivo-geral ao fim das cominações penais.

Passaremos, então, às considerações graduais:

1 – COMINAÇÃO DE PENA:

A pergunta chave é *“O que pode proibir, sob pena, o legislador aos cidadãos?”*

Se o poder estatal procede do povo, o Estado deve garantir as condições de uma existência que satisfaça as necessidades vitais dos cidadãos. Incumbe ao Estado, portanto, garantir a segurança de seus membros. Estamos falando, portanto, do dever do Estado de assegurar os **bens jurídicos**. Além, caber-lhe-ia assegurar o cumprimento das **prestações públicas** das que depende o indivíduo no marco da assistência social por parte do Estado, permitindo ao cidadão o livre desenvolvimento de sua personalidade (como pressuposto de uma digna existência humana).

Disso se depreende duas importantes conseqüências, em relação ao *jus puniendi* estatal:

1º - **O Direito Penal é de natureza subsidiária;**

2º - **O legislador não pode castigar, só por imoralidade, condutas não lesivas de bens jurídicos.**

Neste âmbito, portanto, o fim das disposições penais é de prevenção geral. E Roxin observa que se entende de um modo demasiado estreito o conceito de prevenção geral se se o reduz aos elementos de ameaça e intimidação. Dito conceito encerra a idéia de que o Estado estabelece, no Código Penal, uma ordem protetora obrigatória para todo cidadão, que lhe garante os bens jurídicos necessários para sua existência e lhe diz quais atividades ordena sob pena. No interesse da prevenção geral, no entanto, também tem-se que informar sobre o âmbito do proibido a quem não necessita de intimidação. Esta é uma exigência de todo Estado de Direito, por estar contida no princípio *nulla poena sine lege*. **As cominações penais se justificam só, e sempre, pela necessidade de proteção, preventivo-geral e subsidiária, de bens jurídicos e prestações.** A finalidade preventivo-geral atende à proteção do ordenamento como um todo.

Um ordenamento jurídico, para o qual o particular não é objeto, senão titular do poder estatal, não pode desnaturalizar-se convertendo-o em meio de intimidação. As qualidades de sujeito e pessoa, do homem, se opõem a isso.

Se o Estado deve assegurar os bens jurídicos aos cidadãos, em contrapartida cada membro da sociedade tem que fazer de sua parte tudo o que seja necessário para que se cumpra essa tarefa comum, arcando com a pena necessária para a manutenção de dito ordenamento.

Disto se deussumem duas conseqüências para o procedimento penal e a imposição da pena:

1º - Durante o procedimento, o particular não poderá ser submetido a nenhum tratamento que lhe prive da livre determinação de suas declarações;

2º - A pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade. Se a culpabilidade não serve para **fundamentar** o poder punitivo estatal, serve, ao menos, para **limitá-lo**.

A justificação da pena está em que o delinqüente está obrigado, em atenção à comunidade, a arcar com a pena. Isto é justo e legítimo, segundo Roxin, não porque o delinqüente tenha que suportar que outro lhe inflija um mal, mas porque, como membro da comunidade, tem que responder por seus fatos, na medida da sua culpabilidade, para a salvaguarda da ordem daquela. *Desse modo, não é utilizado como meio para os fins dos outros, senão que, ao co-assumir a responsabilidade pela sorte de outros, se lhe confirma sua posição de cidadão com igualdade de direitos e obrigações.*

O fim de prevenção geral da punição só se pode perseguir no marco da culpabilidade individual. Se se vai mais além e, portanto, se faz expiar ao autor por presumidas tendências criminosas de outros, se atenta, em realidade, contra a dignidade humana, pois a eficácia protetora deste conceito consiste precisamente em que o particular é, para a ordem jurídica, a medida de todas as coisas, enquanto tem que responder, com sua pessoa, só por aquilo em que, conceitualmente, esta pessoa é culpável.

E concluirá Roxin: *O princípio da culpabilidade, se se o separa da teoria da retribuição, a que equivocadamente se costuma considerar indissoluvelmente unido, é um meio imprescindível em um Estado de Direito para limitar o poder punitivo estatal.*

2 – FIXAÇÃO E EXECUÇÃO DA PENA:

Quanto à fixação da pena na sentença governará a idéia de prevenção especial.³ A execução é o terceiro e último estágio de realização do Direito Penal, somente justificada se persegue a meta de possibilitar a vida humana em comum e sem perigos, na medida em que isso é possível, ou seja, se tem como conteúdo a reincorporação do delinqüente à comunidade. Assim, pois, só está indicada uma execução **ressocializadora**.

É importante lembrar, no entanto, que, ainda que tenha eficácia ressocializante, está proibido um tratamento coativo que interfira na estrutura da personalidade. *Como o estabelecimento da paz jurídica é o único que legitima a pena, esta tem que adquirir um sentido construtivo, o que também é possível quando a personalidade do sujeito não necessita de uma especial promoção terapêutico-social.*

Mas Roxin salienta: já que se prevenir frente a utopias de melhora “demasiado cor-de-rosa”. Qualquer esforço ressocializador só pode ser uma oferta ao delinqüente para que se ajude a si mesmo com o trabalho, porém tem que fracassar quando não está disposto a isso⁴.

E encerra: *Se quisermos perfilhar em uma frase o sentido e os limites do Direito Penal poderíamos caracterizar sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais mediante prevenção geral e especial que salvguarde a personalidade no marco traçado pela medida da culpabilidade individual.*

Resumindo as colocações de Roxin:

⁴ Conceito de criminoso para Roxin: não é, como crê o profano, o homem forte, cuja vontade animalesca há que se quebrantar, senão um homem normalmente débil, inconstante e menos dotado, com traços psicopáticos (muitas vezes) e que intenta compensar, por meio de delitos, seu complexo de inferioridade provocado por sua deficiente atitude para a vida.

1º - As teorias monistas, que atendam à culpabilidade, à prevenção geral ou especial, isoladamente, são falsas necessariamente porque, quando se trata da relação do particular com a comunidade e com o Estado, a realização estrita de um só princípio ordenador tem como conseqüência, forçosamente, a arbitrariedade e a falta de liberdade. Assim, estaria convertido o Direito Penal, ao invés de em uma força protetora e construtiva, em um instrumento de opressão e que escraviza a disposição anímica, tanto mais quanto mais radicalmente se ponha em prática o princípio respectivo.

2º - A teoria unificadora aditiva ou bem não diz nada e, portanto, é supérflua, ou se se a toma ao pé da letra é extremamente perigosa.

3º - A teoria unificadora dialética pretende evitar o exagero unilateral e dirigir os diversos fins da pena até vias socialmente construtivas, ao lograr o equilíbrio de todos os princípios mediante o procedimento de restrições recíprocas. As melhores Constituições são as que, através da divisão de poderes e de um sistema ramificado de outros controles ao poder, integram seu Direito com todos os pontos de vista e proporcionam ao particular o máximo de liberdade individual.

Uma teoria da pena que não queira cair na abstração ou em propostas isoladas, senão que pretenda corresponder à realidade, tem que reconhecer essas antíteses inerentes a toda existência social para – conforme ao princípio dialético – podê-las superar em uma esfera superior; ou seja, tem que criar uma ordem que mostre que um Direito Penal, em realidade, só pode fortalecer a consciência jurídica da generalidade no sentido da prevenção geral se ao mesmo tempo, preserva a individualidade de quem lhe está submetido.⁵

**Juliana de Almeida Picinin, Mestranda em Ciências Penais pela UFMG, professora de Direito Penal do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*

⁵ *Trata-se, este texto, de resenha explicativa ao Capítulo II (Sentido y limites de la pena estatal) do livro Problemas Basicos del Derecho Penal, de Claus Roxin, tradução de Diego-Manuel Luzon Pena, Madrid: Réus, 1976.

