



A LEGITIMIDADE DO CARÁTER PREVENTIVO GERAL DA PENA: UMA DISCUSSÃO DE SUAS SOLUÇÕES

*Lucas Duarte de Medeiros**

*Lucas José Bezerra Pinto***

RESUMO

A prevenção geral intimidatória proposta por Feuerbach reflete-se no Direito Penal moderno, constituindo talvez o mais pernicioso fim da pena, uma vez que atenta contra a dignidade da pessoa humana. Essa teoria deu luz a indagações que questionam a legitimidade e a própria existência do Direito Penal e, por conseguinte, fizeram florescer o ideal abolicionista, bem como o minimalista. Neste contexto, em cotejo ao caráter intimidatório da prevenção geral, tem-se uma abordagem dos diferentes posicionamentos frente a esta, dando, por fim, uma solução minimalista para a celeuma apresentada a fim de preservar as garantias limitadoras do poder coercitivo estatal.

Palavras-chave: Prevenção Geral. Dignidade da Pessoa Humana. Direito Penal. Abolicionismo. Minimalismo.

“Quando se tem perguntado pelo fundamento e o fim da pena, apresenta-se não já um problema interno do direito penal, mas um problema de filosofia jurídica, uma razão última que está acima da construção interna de qualquer direito dado”.

(Sebastian Soler)

* Graduando em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Monitor de Direito Empresarial III e membro do Projeto de Pesquisa Jurisdição, Democracia e Direitos Fundamentais. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0891510217203759>>.

** Graduando em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

1 INTRODUÇÃO

Embora a pena seja um dos institutos mais antigos do direito, muito se tem discutido hodiernamente sobre as idéias que a cercam. Isso porque é uma tendência contemporânea a reflexão crítica sobre sua legitimidade, se ela encontra respaldo nos valores sociais hoje presentes. Bem verdade que a pena sempre nos acompanhou e, por isso, chegam até a ser estranhas para alguns as indagações sobre ela. No entanto, são essas reflexões que permitem a evolução de uma sociedade.

Nesses moldes, este trabalho tem como proposta aguçar a visão sobre a finalidade preventiva geral das penas, despertando um debate filosófico sobre sua legitimidade. Malgrado se pense que a problemática de suas finalidades seja puramente uma questão de direito, estas transcendem tal esfera, uma vez que surgem diversas indagações que são próprias do campo filosófico. Enganam-se, pois, aqueles que pensam que a reflexão da pena deve ser resolvida apenas por juristas, desconsideram estes que a pena não é fenômeno apenas do direito, mas fenômeno social. Locupletam-se, assim, nesse sentido a filosofia e o direito.

Procederemos, então, um debate sobre as funções das penas, a se especificar, doravante, na questão de prevenção geral inerente a esta, tecendo apontamentos sobre uma possível ilegitimidade desse fim em especial, apresentando algumas soluções e justificações que são dadas a embasar a problemática. Com olhos críticos, buscar-se-á selecionar a resposta mais adequada, falando então da intervenção mínima como fator de atenuação dos males do sistema penal.

2 FINALIDADE DAS PENAS

O crime como sombra do homem sempre o acompanhou, a pena, então, como resposta ao crime, sempre o buscou evitar. Dessa assertiva, extrai-se a finalidade precípua da pena: o combate ao crime. A contradição entre crime e pena e sua evolução não constitui apenas a história das searas criminalista e penal, mas a própria construção do direito. No decorrer da progressão dessas idéias a pena ganhou novos fins que, a princípio, nada mais são do que decorrência daquela finalidade maior e inicial que é o combate ao delito.

Primordialmente, são três as correntes doutrinárias que tratam desses novos fins, tendo seu auge no decorrer do século XVIII.

As teorias absolutas consideram a pena intrinsecamente justa, uma vez que situam seu fundamento e seu fim na natureza absoluta dela, defendendo o caráter retributivo da pena, ou seja, o mal feito pelo indivíduo que viola a norma há de ser reparado com outro mal, a pena (MIR PUIG, 1994, p. 35).

Este é o posicionamento de Kant (2003, p. 175), para quem a pena é um imperativo categórico, deste modo ela seria uma consequência natural do delito, a pena deve ser aplicada contra o delinqüente pela simples desobediência do imperativo, seria uma violação de ordem moral.

Por sua vez, Hegel fundamenta a função retributiva na consideração de que se deve proteger os postulados do direito que, quando descumpridos, fazem gerar, por compensação, a pena. Para ele:

A violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contem a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesmo mediante a supressão da violação do direito. (HEGEL, 1997, p. 87)

As teorias relativas, diferentemente, atribuem à pena um sentido utilitário (MIR PUIG, 1994, p. 35). Dá-se ênfase nestas ao caráter preventivo das penas. Surgem em contraposição às teorias absolutas, que têm raízes na vingança privada, criticando a desumanidade da retribuição por si só, alegando que esta não tinha, além de sanar o ódio vingativo, nenhuma utilidade social.

Cesare Beccaria trouxe a tona os males relativos ao retribucionismo, impulsionando o desenvolvimento teórico do caráter preventivo da pena. Nessa lógica, “é preferível prevenir os delitos a ter de puni-los” (2003, p. 101). Após essas críticas mais vozes surgiram. Na Inglaterra, Bentham, (2002, p. 22-23) também difundia a teoria da prevenção como sendo esta tão ou mais fundamental do que a própria vingança, assinalava que: “quando acontece um ato nocivo, um delito, dois pensamentos se devem oferecer ao espírito do Legislador ou do Magistrado: o modo de prevenir o crime para que não torne a acontecer, e o meio de reparar quanto for possível o mal, que tem causado”.

Em outra corrente, apresentam-se as teorias mistas ou ecléticas que, basicamente, mesclam as duas correntes anteriores (MORAES, 2006, p. 128). Conjugam-se, assim, como

caráter das penas tanto a sua retributividade como a sua prevenção, não havendo, segundo esta, uma sobreposição de uma a outra.

Por fim, contemporaneamente, com o Direito Penal se tornando cada vez mais humanista e ainda com a subordinação deste às garantias constitucionais, fala-se no caráter ressocializador da pena (MIRABETE, 2008, p. 245). Tendo como premissa básica fazer o condenado ser reinserido na sociedade, o que busca excluir, de certa forma, a retribuição pura.

Não obstante haver uma propensão a restringir os efeitos do caráter retributivo das penas, em detrimento de uma valorização do caráter preventivo. Verificam-se diversos problemas ligados a este último, a ser tratado em tópico posterior.

2.1 Do caráter preventivo geral e especial

Brevemente, explanar-se-á sobre a distinção entre a prevenção geral e a prevenção especial, dado que, embora ambos componham o caráter preventivo da pena, aqui se dará destaque àquele primeiro, cerne das discussões da legitimidade da função preventiva.

De maneira simplificada podemos trazer as lições de Mirabete (2008, p. 245), para quem o fim da pena é: “a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e de prevenção particular, ao impedir que o delinquente pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o”. A prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e de prevenção particular, ao impedir que o delinquente pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o.

O que se percebe, então, nesta distinção é a diferença de destinatários. Enquanto na prevenção especial, a intimidação se liga ao indivíduo que já cometeu um delito. Na prevenção geral, todos os membros de uma comunidade sob os efeitos de um Direito Penal são submetidos a coerção, com vistas a não consecução de crimes.

2.2 A problemática da função preventiva geral

É fato que o caráter preventivo geral é hoje uma das finalidades da pena. Contudo, é absolutamente discutível a questão de sua legitimidade. Não se está negando que para o Estado esse caráter tenha uma função essencial que transpassa a ótica do combate ao crime consumado, servindo de verdadeiro controle social, mas se está indagando qual é a idoneidade dessa coerção.

Ao se falar dos principais fins das penas, percebe-se que elas, em geral, se destinam aos delinquentes. A retributiva só tem vez quando algum bem é lesado, da mesma forma a preventiva especial e a ressocializadora. Porém, como exceção, o caráter preventivo geral se destina não apenas aos que infringiram os imperativos estatais, mas também aqueles que praticam atos harmônicos àquela ordem.

O sistema penal que visa dar proteção aos cidadãos se vê paradoxalmente atentando contra estes. O caráter preventivo geral que busca a segurança dos cidadãos acaba por intimidá-los. Não é difícil prever que o regime de controle social, necessário a ordem e a organização estatal, passa-se a um regime de terror social, limitando excessivamente as liberdades humanas.

Compartilha desse entendimento Santiago Mir Puig (1994, p. 38):

Un Estado democrático ha de apoyar su derecho penal em el consenso de sus ciudadanos, por lo que La prevencion general no puede perseguirse a través de la mera intimidacion que supone la amenaza de La pena para lo posibles delincuentes, sino que há de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmacion de las valoraciones de la sociedade.

Para Feuerbach (citado por MORAES, 2006, p. 127), formulador da teoria da intimidação e constrangimento psicológico, desdobramentos da teoria da prevenção geral, a pena deve infundir o terror além de internalizar a ameaça do seu mal.

Esta concepção do valor da pena é inconcebível num Estado Democrático de Direito, posto que neste é basilar o princípio da dignidade da pessoa humana como limitador das ações estatais. Destarte, o Estado, com o uso das penas, tem de respeitar a esfera individual, não sendo cabível uma extrapolação do uso daquelas para que este tenha um controle arbitrário e nocivo. Nesse entendimento o eminente Juiz Federal Edílson Nobre (2000, p. 187), baseando-se nas lições de Ernesto Benda, assevera que “a consagração [...] da dignidade humana como parâmetro valorativo evoca, inicialmente, o condão de impedir a degradação do homem, em decorrência de sua conversão em mero objeto de ação estatal”.

A problematidade da prevenção geral, no entanto, é mais ampla do que se imagina, encontrando, além do atentado à dignidade da pessoa, outras disfunções. Estas se apresentam em dois âmbitos, um interno e outro externo, atinente à sua eficácia.

As incoerências internas são inerentes a uma finalidade da pena preventiva intimidatória, deixando uma lacuna concernente ao momento de execução da pena. O que se

percebe com isso é que um possível autor punível concreto, uma vez que cometesse o crime não reconheceria nenhum sentido na execução de sua pena, uma vez que a finalidade desta seria meramente prevenir o delito (neste caso já cometido). A pena imputada a ele serviria apenas como meio para outro fim, o de prevenir outros indivíduos. Assim considerada a pena atentaria contra a dignidade do próprio condenado, pois este seria tratado como mero objeto. Portanto, a execução da pena, segundo esta teoria, seria apenas um mal necessário para a intimidação dos demais não contribuindo em nada para a efetiva realização dela (MORAES, 2006, p. 128).

A fragilidade do caráter preventivo ainda é deflagrada quando posto empiricamente, demonstrando um déficit de eficácia (MIR PUIG, 1994, p. 47). Isto decorre dos pressupostos de sua eficácia, que são basicamente dois: primeiro, a necessidade por parte dos destinatários de conhecimento dos fatores que desenvolvem o Direito Penal preventivo, ou seja, o cunho ameaçador das penas. De nada adianta a intimidação se os cidadãos agem conforme o direito sem o conhecimento da ameaça, pois o resultado pretendido foi obtido por meio diverso; do mesmo modo, se faz mister a motivação de seu comportamento idôneo pelos fatores da ameaça, ou seja, o mero conhecimento da ameaça seria estéril se os destinatários agiram conforme a lei motivados por outro motivo que não seja a ameaça em si.

Corroborando o exposto, a assertiva precisa de Winfried Hassamer (1993, p. 36-37):

A intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas.

Com base nisto, pode-se considerar a prevenção geral como intimidação uma moeda de duas faces, ambos desinteressantes. Ou os destinatários aceitam a teoria, atendendo seus pressupostos de eficácia, tendo assim sua dignidade ferida, ou eles não considerariam tais pressupostos, o que tornaria a intimidação inócua. Desta maneira se percebe a fragilidade da prevenção geral, pois sua inaceitabilidade transpassa a coação psicológica *strictu sensu*, e encontra barreiras em sua própria teoria bem como quando concebida em uma realidade social.

3 CONTRATUALISMO

Nos dizeres de Roberto Lyra (1955, p. 30) “todas as teorias sobre o fundamento e o fim do direito de punir podem ser concentradas em três idéias: justiça, ou expiação; defesa social, ou intimidação; contrato social”.

Assim se pode perceber que o renomado autor diz (1955, p. 30) que quando se fala em direito de punição e seus fins, ou seja, ao se falar em pena, três pensamentos embaixadores podem ser concebidos: a justiça, sobre o que não cabe falar nesse trabalho, dado que compõe uma teoria distinta do nosso propósito; a intimidação, já desenvolvida e criticada alhures, no tópico sobre a prevenção geral como intimidação; e o contrato social, que discorreremos a partir daqui.

O contratualismo não é doutrina homogênea, abrangendo diversas teorias que têm em comum o ponto de partida que é o contrato social. Vários pensadores já cuidaram do tema em diversos períodos da nossa história, desde Hobbes e Locke até Rousseau e Rawls. Contudo, aqui, não nos cabe ver essas teorias individualizadas, mas sim o que elas têm em comum, como já dito, a idéia do contrato.

Esse pensamento determina, em linhas gerais, um contrato, no qual os indivíduos abdicam de parte de sua liberdade, com o objetivo de uma sociedade mais segura. Passa-se assim de um estado de natureza para a sociedade civil de fato.

É com base nessa concepção que se defende a legitimidade da função preventiva geral da pena. Basicamente, argumenta-se que o contrato social, como medida de segurança, atribuiu ao Estado o monopólio da força a ser usado contra os que delinquirem. Essa força se traduz em legalidade quando se fala em Direito Penal e assim o uso das penas para fins preventivos intimidatórios passa a ser idôneo, como o uso da força o é.

Tem-se que os argumentos dessa teoria demonstram alguns pontos bastante fracos, por serem em demasia abstratas suas justificações. Embora se deva ser respeitoso com as teorias contratualistas, há de se admitir que elas são ficções criadas no intuito de certas justificações. Não se pode atribuir tudo ao contratualismo, sob pena de se permitirem assim verdadeiras arbitrariedades, pois poderiam ser justificadas, nessa abstração, até Estados autoritários que suprimem qualquer liberdade individual em busca da segurança coletiva.

Mesmo assim, se considerássemos as teorias contratualistas como legitimadoras do nosso sistema de penas, indubitavelmente não poderíamos dizer que elas legitimam qualquer Direito Penal, posto que o que se visa com este é a segurança, e um sistema de penas

arbitrário e intimidador, como se dá quando o caráter preventivo geral se faz forte, acaba acarretando a insegurança das relações, o medo, o regime de terror.

Lembremos que, acima do aparato penal, existem garantias para limitá-lo, e a dignidade da pessoa humana visa exatamente restringir a função preventiva da pena intimidatória. Um sistema que a utiliza de maneira excessiva não se justifica nos moldes do contrato social e do Estado Democrático de Direito.

4 UMA SOLUÇÃO INCONCEBÍVEL: O ABOLICIONISMO

Diante de um contexto de deslegitimação dos sistemas penais, pensadores como Baratta, Zaffaroni e Ferrajoli, mediante diferentes propostas, perceberam a necessidade da elaboração de teorias a fim de extirpar tal mácula do direito e, conseqüentemente, da sociedade. Interessante posição foi a tomada por acadêmicos da Europa, tais como Louk Hulsman e Rolf De Folter, em meados do século XX, assumindo uma opinião de que o problema da legitimação do Direito Penal era ele mesmo. Desta forma esses críticos tinham como objetivo maior a extinção do próprio Direito Penal.

O ideal abolicionista foi recepcionado pelos demais doutrinadores com demasiada desconfiança por considerá-lo revés, rebatendo-o com inúmeras críticas, em geral classificando tal teoria como uma espécie de anarquismo penal (ZAFFARONI, 1998, p. 100). Não obstante, mesmo os críticos mais ferrenhos têm de considerar a originalidade do abolicionismo, movimento que não soluciona, mas, incontestavelmente, abre as portas para uma futura solução.

É importante ressaltar que a adoção do abolicionismo não implica numa ausência de controle social:

El abolicionismo no pretende renunciar a la solución de los conflictos que sea necesario resolver, sino que casi todos sus autores parecen proponer una reconstrucción de vínculos solidarios de simpatía, horizontales o comunitarios, que permitan esas soluciones sin apelar al modelo punitivo formalizado abstractamente (ZAFFARONI, 1998, p. 109).

Na visão de Zaffaroni, o abolicionismo parece uma teoria muito sedutora, no entanto não se pode fechar os olhos para as suas explícitas fraquezas que prenunciam sua inaplicabilidade.

Para Ferrajoli (citado por ZAFFARONI, 1998, p. 108) o abolicionismo como alternativa engendra num perigo maior ainda que o próprio Direito Penal deslegitimado. Sustentando a sua crítica ele supõe dois acontecimentos possíveis numa sociedade sem Direito Penal, uma possível reação vingativa descontrolada, seja estatal ou individual; e um disciplinarismo social excessivo mediante a intervenção do autocontrole, incorrendo numa política moral coletiva em mãos do estado.

O abolicionismo é, também, totalmente inexequível numa realidade social de países como o Brasil, onde os caracteres da pena que mais se perpetuaram ao longo do tempo foram o retributivo e o preventivo, além da ineficiência sistêmica quanto à contenção da criminalidade. A imposição da teoria discutida nesses países pode ensejar numa sequência inconsequente de crimes, prejudicando, mormente os não delinquentes que, por sua vez, além de serem lesado, se encontrarão desprovidos de meios para se proteger de futuras lesões.

Ademais, apesar de seus vícios (por exemplo, a prevenção geral) o Direito Penal dá ao Estado segurança, protegendo o indivíduo de possíveis lesões. Estas lesões, por sua vez, dificilmente cessarão, pois sempre haverá indivíduos predispostos a delinquir (o que se depreende de uma simples análise da história da humanidade, na qual o delito sempre esteve presente). Consoante isso fica evidente o candor demonstrado pelos teóricos abolicionista ao quererem abolir o Direito Penal. Obviamente que o Estado, muitas vezes, se comporta como opressor, o que é absolutamente repudiável, porém há de haver uma maneira de proteger os indivíduos de ambas, lesões e opressões.

5 UMA POSSIBILIDADE: A INTERVENÇÃO MÍNIMA

A função intimidatória do caráter preventivo é inerente às próprias penas, sendo assim é impossível separá-las absolutamente. De tal forma que querer excluir o caráter preventivo geral das penas, só seria possível com o abolicionismo daquelas, o que já se demonstrou não se estar de acordo, dadas as dificuldades dessa teoria. No sentido contrário, percebe-se um sistema de penas exacerbado e intimidador que se diz justificado pelas teorias contratualistas, mas refutada a hipótese, demonstra-se o paradoxo desse sistema que visa à segurança, mas traz a insegurança pelo medo.

Por um lado, tem-se a exclusão do Direito Penal, afastando os males, contudo trazendo diversos problemas a solucionar. No outro pólo, temos o excesso deste, violando de modo desproporcional a esfera individual de todos. Utilizando do aparato penal constantemente, o Estado, por vezes, cria um regime de terror, na qual a obediência se dá pelo medo e não pelo dever ou moral. Entendidos os dois lados, parece, à primeira vista, não existir saída razoável para o problema, já que todas as soluções parciais trazem severas consequências.

Todavia, a impossibilidade de soluções é aparente. Pois, em resposta às teorias extremadas e, por que não dizer, radicais, pode-se adotar um meio termo que balanceia os efeitos positivos e negativos, tornando suportável a cominação das penas ao atenuar seus efeitos. Chama-se essa corrente de minimalismo ou de intervenção mínima (ZAFFARONI, 1998, p. 93-94).

A teoria da intervenção mínima se baseia na idéia de que o Direito Penal é instrumento não apenas subsidiário dos outros direitos, mas extraordinário (ANDRADE, 2006, p. 475-476). Isso porque se entende que ele não é de todo legitimado, só havendo, então, uso de mecanismos ilegítimos quando as situações se mostram necessárias. Nessa visão, não é qualquer bem jurídico ou valor que deve ser defendido pelo Direito Penal, mas apenas aqueles indiscutíveis e essenciais sem os quais seria impossível a manutenção da própria sociedade. Assim, o que se propõe é o enxugamento do sistema penal, de maneira que ele passe a abarcar apenas o primordial.

Poder-se-ia indagar: qual o avanço que tal política poderia trazer à questão do caráter preventivo intimidatório das penas? E a resposta primária não poderia ser menos matemática, com menos normas, há menos intimidação. Porém, a questão não é apenas isso, vai muito além e está no próprio conceito de intimidação. Para isso, daremos um exemplo. Considere-se alguém que é absolutamente convicto da ilegalidade do porte de drogas. Imagine agora que o governo de uma dada localidade promulgue uma lei obrigando a abertura de bagagens nos aeroportos, com vistas à verificação desse porte ilícito. Provavelmente, você não se sentirá intimidado por essa norma se perceber que ela é condizente com a sua própria vontade de impedir o porte de drogas. Daí se tira que a intimidação só existe quando o valor protegido é incongruente com os valores que a coletividade, no geral, quer proteger. O grande problema é que essa opinião social não é harmônica, sendo a questão da intimidação um balanceio que se deve fazer entre o maior número possível de aceitações com o menor número de rejeições. Não se está falando aqui que, dessa forma, se extinguirá o caráter intimidador da pena, pois ele é intrínseco a ela, e sim que haverá uma atenuação dos seus efeitos ao se diminuir a área

de abrangência do sistema penal, dado que mais indivíduos aceitaram naturalmente determinadas normas.

O minimalismo assim se apresenta como um modelo absolutamente eficaz ao diminuir a ação estatal e não tirar o instrumento da ordem, que é o Direito Penal. Além disso, no plano empírico é o que se mostra mais adequado (ZAFFARONI, 1998, p. 100). Primeiro, porque é razoável e aceitável uma intervenção mínima, não intimidadora em demasia. Segundo, pois prevalece a segurança do sistema de penas para o caso de existirem atos que infrinjam diretamente os anseios sociais, mantendo-se assim as expectativas da população com relação ao sistema.

No entanto, mesmo o minimalismo comporta diferentes reflexões sobre sua identidade, tanto é que é comum, nesse ponto, distinguirem-se dois modelos que dizem respeito exatamente ao que se quer chegar com o minimalismo. Ambas partem do pressuposto de que o Direito Penal se vê deslegitimado. A primeira, contudo, não o vê apenas como deslegítimo, mas como ilegítimo, ou seja, o sistema de penas não é idôneo e jamais será, é como se fosse da natureza desse direito sua não legitimação (ANDRADE, 2006, p. 476). Nesses moldes, é inadmissível, tendo de haver uma transição gradual para o abolicionismo, nesse meio o minimalismo. Assim a intervenção mínima é meio e não fim. Do outro lado, estão aqueles que vêem o Direito Penal temporariamente deslegitimado. Isso não quer dizer que ele não possa se relegitimar, sendo esse o fim visado nessa teoria. A intervenção mínima entra aqui como o que pode fazer o sistema penal ser idôneo, sendo, dessa forma, o fim e não o meio. Um dos mais célebres defensores dessa teoria é Ferrajoli (ANDRADE, 2006, p. 478).

É de se perceber que é possível rebater a teoria do minimalismo como meio e do abolicionismo como fim pelos mesmos motivos espostos anteriormente quando se fez críticas à teoria que pretende extinguir o Direito Penal. Como já dito, o abolicionismo veio para dar soluções aos paradoxos existentes internamente ao Direito Penal, mas não propôs nenhuma resposta razoável que vise substituí-lo por um melhor sistema quando da proteção dos bens jurídicos fundamentais. Bem verdade que as causas penais, nessa teoria, seriam abrangidas por outros direitos, sobretudo na seara administrativa, conforme propõe Winfried Hassemer (1993, p. 97). Nada obstante, o sistema é duvidoso e questionável, devendo se levar em conta que tal modelo foi idealizado segundo a realidade alemã.

A teoria do minimalismo como fim, por sua vez, não apresenta estruturalmente nada a se questionar, mas tem-se nesta um problema de elaboração teórica. Isso porque ela visa a relegitimação do Direito Penal quando esse não pode ser feito, pois a função preventiva geral inerente à pena bem como outras funções desta, tornam-no ilegítimo desde sua criação.

Considerar essa teoria como possível, seria esquecer o fato de que a toda pena acompanha, em si, sua ilegitimidade.

Não obstante a discordância de ambas as teorias, pode-se utilizar de idéias por elas empregadas na elaboração de uma nova teoria minimalista. Assim, faz-se certa a visão de que o sistema penal é ilegítimo em si mesmo, base da teoria de Zaffaroni e Baratta (ANDRADE, 2006, p. 476), como também a idéia de que a intervenção mínima deve ser o próprio fim visado, teoria de Ferrajoli (ANDRADE, 2006, p. 478). Destarte, pretende-se com essa nova concepção minimalista atenuar os efeitos de um aparato penal deslegítimo, e não relegitimá-lo, muito menos aboli-lo. Ao minimalismo, assim, procede a lógica a qual nos referimos, de que quanto mais aceitável o sistema, melhor, e não mais legítimo, posto que sempre haverá, dentro mesmo da lógica preventiva, aqueles que não aceitam certas normas do sistema, havendo assim intimidação para que elas sejam feitas valer sobre esses.

Portanto, a nova concepção minimalista aqui proposta vê na diminuição da regulação penal o sentido do abrandamento dos seus maléficos efeitos. A sociedade continuará protegida por este, mas haverá muito mais certeza de que não serão os indivíduos coagidos sem razão, dado que nesta teoria minimalista os bens a serem protegidos são genericamente aceitos. Esse é o Direito Penal do Estado Democrático de Direito, aquele que assegura e não atormenta.

6 CONCLUSÃO

Em linhas finais, podem-se arrolar três conclusões do presente artigo. A primeira delas consiste na confirmação da ilegitimidade do caráter preventivo geral das penas em decorrência da intimidação intrínseca a esta. O problema, portanto, encontra-se na própria pena, e não sendo externo ao Direito Penal. Desta maneira é posta em dúvida sua legitimidade, passando a ser questionado.

Em segundo lugar, num Estado Democrático de Direito não se pode conceber uma sociedade intimidada pela proteção exacerbada nem, tampouco, carente de proteção. Algumas teorias tentaram encontrar soluções para este celeuma, no entanto, todas elas são passíveis de críticas as quais nos fazem refutá-las, seja pela sua fragilidade teórica, seja pela sua inviabilidade prática.

Por fim, com vistas à problemática, adotou-se uma proposta distinta das demais, a qual se individualiza pela escolha da intervenção mínima como fim ao Direito Penal sem, todavia, buscar sua relegitimação, mas sua aceitação, restringindo seu caráter intimidador.

Que o Direito Penal, então, sirva como instrumento, e não como um meio instrumentalizador das pessoas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismos: a Crise do Sistema Penal entre a Deslegitimação e a Expansão. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (EMESC)**, Florianópolis, v. 13, n. 19, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos**. Trad. de Roselene C. S. Oliveira. São Paulo: EDIJUR, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Trad. de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1993.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. **A Terceira Velocidade do Direito Penal:** o Direito Penal do Inimigo. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 145, p. 185-196, jan./mar., 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/568> >. Acesso em: 06 jun. 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **En busca de las Penas Perdidas:** Deslegitimacion y Dogmatica Juridica-Penal. Buenos Aires: EDIAR, 1998.

LEGITIMACY OF THE PREVENTIVE CHARACTER OF THE PENALTY: A DISCUSSION OF THEIR SOLUTIONS

ABSTRACT

The intimidating general prevention proposed by Feuerbach reflects in the modern criminal law. It's perhaps the most pernicious purpose of the penalties, since attacks the human dignity. Just as the law itself, this theory justified by the social contract idea. This theory gave birth to questions that concern the legitimacy and existence of the criminal law and therefore flourish the abolitionist ideal, and also the minimalist. In this context, in opposition to the intimidating nature of general prevention, it's proposed a different placement of this front, by giving a minimalist solution to the problem presented to preserve the limited guarantees of the coercive power of the state.

Keywords: General Prevention. Human dignity. Criminal Law. Abolitionism. Minimalism.