

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A REINSERÇÃO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL E SUA INFLUÊNCIA NAS  
TEORIAS DA PENA**

**JOÃO VICTOR ALVAREZ FERREIRA**

**RIO DE JANEIRO  
2020/ 1º SEMESTRE – PLE**

**JOÃO VICTOR ALVAREZ FERREIRA**

**A REINSERÇÃO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL E SUA INFLUÊNCIA NAS  
TEORIAS DA PENA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Tiago Joffily**

**RIO DE JANEIRO  
2020/ 1º SEMESTRE – PLE**

## JOÃO VICTOR ALVAREZ FERREIRA

### CIP - Catalogação na Publicação

AA473r Alvarez Ferreira, João Victor  
A reinserção da vítima no Direito Penal e sua  
influência nas teorias da pena / João Victor  
Alvarez Ferreira. -- Rio de Janeiro, 2020.  
83 f.

Orientador: Tiago Joffily.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Do poder punitivo. 2. As teorias da pena. 3.  
A vítima no Direito Penal e Processual Penal. 4.  
Teorias expressivas da pena. I. Joffily, Tiago,  
orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

**JOÃO VICTOR ALVAREZ FERREIRA**

**A REINSERÇÃO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL E SUA INFLUÊNCIA NAS  
TEORIAS DA PENA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do **Prof. Tiago Joffily**.

Data da Aprovação: \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

**Orientador: Prof. Tiago Joffily**

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO  
2020/ 1º SEMESTRE – PLE**

*“Let me tell you something you already know. The world ain’t all sunshine and rainbows. It’s a very mean and nasty place and I don’t care how tough you are it will beat you to your knees and keep you there permanently if you let it. You, me, or nobody is gonna hit as hard as life. But it ain’t about how hard you hit. It’s about how hard you can get hit and keep moving forward. How much you can take and keep moving forward. That’s how winning is done! Now if you know what you’re worth then go out and get what you’re worth. But you gotta be willing to take the hits, and not pointing fingers saying you ain’t where you wanna be because of him, or her, or anybody! Cowards do that and that ain’t you! You’re better than that! (...) But until you start believing in yourself, ya ain’t gonna have a life.”*

*Rocky IV*

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus orientadores Tiago Joffily e Hamilton Gonçalves por todo auxílio nessa jornada acadêmica, professores que, através de seus conhecimentos, puderam transformar ideias abstratas na concretude desse presente escrito.

Em segundo, aos meus pais e familiares que forneceram todas as bases, emocionais, financeiras, dentre outras, para que eu pudesse adentrar e cursar a faculdade da melhor forma possível. Ademais, agradeço aos meus amigos que carrego desde pequeno do colégio, prédio, peladas e até mesmo da Tijuca, de um modo geral.

Agradeço a todos os companheiros de turma que tive nessa caminhada de 5 anos, em especial à turma 2015/2 do turno noturno, que sem dúvidas ficará para sempre marcada em minha memória pela sua diversidade e companheirismo. Somado a isso, não poderia deixar de mencionar o time Deportivo Quinto, que trouxe, para mim, uma das melhores experiências do curso, time esse que, além de campeão dentro e fora das quadras, me trouxe amizades que espero carregar para a vida. Ademais, gostaria de agradecer aos meus amigos do turno integral, que me acolheram como poucos na faculdade, e me incluíram em seu grupo, transformando o “Vão Central” em um verdadeiro oásis em meio ao caos da vida acadêmica.

Agradeço agora em especial à João Victor Calheiros, pessoa que tive o privilégio de caminhar junto durante os quase 5 anos de faculdade, um menino de coração puro, e que muitos perderam a oportunidade de conhecê-lo mais a fundo. Não poderia deixar de citar meus amigos de vida Tiago Cruz, Daniel Martins e Matheus Vieira que, mesmo não cursando a faculdade toda juntos, são pessoas que estão comigo em todos os momentos, e que posso contar para qualquer coisa. Por fim, agradeço à Gustavo Franco, que me proporcionou momentos de risadas, estudos e me acolheu no turno integral, bem como Nathalia Medina Correia, que junto com Gustavo foram meus companheiros fieis do turno integral; só que para além disso, mudou a minha trajetória na faculdade e conseguiu, como poucas pessoas, entrar e ganhar um espaço na minha vida.

E por último, agradeço à Faculdade Nacional de Direito, todo seu corpo docente, bem como todos seus funcionários, terceirizados ou não, que puderam proporcionar as melhores condições para a minha graduação.

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar a reinserção da vítima no Direito Penal, e por conseguinte nas teorias da pena, em especial nas teorias expressivas da pena. Para tanto, será feita uma breve análise histórica do poder punitivo, bem como das primeiras formulações que buscavam, de certo modo, justificar a pena. Ademais, será estudado as teorias absoluta e relativa da pena com suas principais vertentes. Diante disso, será exposto a inocuidade da vítima no Direito Penal ao longo da história, e a crescente corrente vitimológica no Direito Penal, de modo a mostrar como ela já está orientando o legislador brasileiro nas novas alterações legislativas, em destaque no Pacote Anticrime (Lei 13.964/19). Por fim, tratar-se-á das teorias expressivas da pena, e como algumas de suas vertentes tentam introduzir a vítima nas teorias da pena, em consonância com as novas diretrizes e tendências do Direito Penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder punitivo; Teorias da pena; Vitimologia; Pacote Anticrime; Teoria expressiva da pena; Teoria absoluta da pena; Teoria relativa da pena; Inserção da vítima do Direito Penal



## ABSTRACT

The present study pursues to analyse the reinsertion of the victim in Criminal Law, and therefore, in the punishment theories, with focus in the expressive punishment theories. For that, it's going to be done a brief historical analysis of the punishment power, just as well of the first formulations that tried, in a certain way, to justify the punishment. In addition, it's going to be studied the absolute and relative punishment theories. With that in mind, it will be exposed the innocuous treatment of the victim in Criminal Law throughout the history, and the rising of victimology in the Criminal Law, showing how it's already changing the Brazilian lawmaker, with spotlight in the Pacote Anticrime. At the end, will be presented the expressive punishment theories, and how some of them, it's trying to insert the victim in the punishment theories, in line with the newest guidelines and tendencies in the Criminal Law.

**KEYWORDS:** Punishment power; Punishment theories; Victimology; Pacote Anticrime; Expressive punishment theories; Absolute and relative punishment theories; Insertion of the victim in the Criminal Law

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>I. DO PODER PUNITIVO</b> .....	<b>14</b>
I. 1. A origem do poder punitivo .....	14
I. 2. A transição do Estado absoluto para o Estado liberal .....	17
I. 3. A justificação racional para o exercício do poder punitivo estatal .....	18
I. 4. O Iluminismo e a precursão das teorias da pena .....	20
<b>II. AS TEORIAS DA PENA</b> .....	<b>22</b>
II. 1. Introdução às teorias da pena .....	22
II. 2. As teorias absolutas da pena .....	22
II. 2.1. A teoria absolutista kantiana .....	23
II. 2. 2. A teoria absoluta hegeliana .....	25
II. 2. 3. Críticas às teorias absolutas .....	26
II. 3. As teorias relativas da pena .....	28
II. 3. 1. A teoria relativa da prevenção geral negativa .....	29
II. 3. 1. 1. Críticas às teorias de prevenção geral negativa da pena .....	32
II. 3. 2. A teoria relativa da prevenção especial positiva .....	35
II. 3. 2. 1. Críticas as teorias relativas de prevenção especial positiva .....	37
II. 4. A inserção da vítima nas teorias clássicas da pena .....	40
<b>III. A VÍTIMA NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL</b> .....	<b>43</b>
III. 1. Introdução sobre os aspectos principais quanto a localização da vítima nos sistemas penais .....	43
III. 2. As vias alternativas como modo de aprimorar e auxiliar o sistema penal clássico .....	44
III. 3. A vítima e a reparação da infração penal .....	46
III. 4. O protagonismo da reparação penal .....	48
III. 5. A inserção da vítima de uma infração penal no Direito Penal e Processual Penal brasileiro .....	50
<b>IV – TEORIAS EXPRESSIVAS DE PENA</b> .....	<b>56</b>
IV. 1. Introdução ao expressivismo .....	56
IV. 2. Distinção das teorias expressivas da pena das teorias clássicas absolutas e	

relativas .....	58
IV. 3. As teorias expressivas de pena .....	59
IV. 3. 1. Teorias expressivas orientadas a norma .....	62
IV. 3. 2. Teorias expressivas orientadas a pessoa: Comunicação com o autor e a vítima .....	64
IV. 4. As formulações de Andrew Von Hirsch e Tatjana Hornle .....	66
IV. 4. 1. Andreas Von Hirsch .....	67
IV. 4. 2. Tatjana Hörnle .....	69
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>75</b>

## INTRODUÇÃO

É notório que ao longo da história, o poder de punitivo sofreu grandes transformações, sendo o seu legitimado, em diferentes épocas, os indivíduos do próprio corpo social, o soberano e o Estado.

Ocorre que a fundamentação desse poder punitivo foi sendo, cada vez mais, necessária. Isso porque, com os avanços da ciência, sociologia, filosofia e outros ramos do saber humano, as bases desse poder, até então abstratas, foram sendo esfaceladas no decorrer da modernidade. Com isso, os pensadores contemporâneos, muitos oriundos do movimento Iluminista, passaram a formular teorias da pena, que buscavam justificar, de modo mais concreto, a faceta mais sensível do Estado, a pena. A partir disso, foram formuladas diversas teorias da pena, com destaque para as teorias clássicas absolutas e relativas, e suas principais vertentes.

No entanto, desde que foi deslegitimada do direito de punir por meio do fim da vingança privada como resposta a um ato ilícito, a vítima tornou-se distante da resolução do conflito penal, de forma que suas demandas foram ignoradas no âmbito da punição. Conseqüentemente, as formulações teóricas que propunham justificar a pena, também sofreram reflexo dessa inocuidade da vítima, de forma que, a sociedade, o Estado e o infrator eram as partes principais a serem consideradas no conflito penal. A vítima continuava sendo enxergada como um mero instrumento, não sendo tratada como um agente moral e responsável.

Em contrapartida, ao final do século XX e início do XXI, pôde ser observado uma reinserção da vítima no Direito Penal, de modo que é possível observar na doutrina, legislação e jurisprudência essa repercussão.

Logo, diante dessa mudança de paradigma do papel da vítima no direito penal e processual penal, se vê como necessário uma releitura das teorias clássicas da pena e formulação de novas. A explicação parte do fato de que as teorias da pena são influenciadas pelas circunstâncias que as envolvem, logo, com os influxos vitimológicos

recentes no campo jurídico deve ocorrer a inserção desse novo viés nas teorias de justificação da pena.

Uma das correntes teóricas que visam esse fim são algumas vertentes das teorias expressivas da pena. O expressivismo não é um movimento recente, no entanto, é certo que as formulações de Von Hirsch e Tatjana Hörnle, tentam, de certo modo, adaptar-se diante das novas circunstâncias postas no cenário jurídico. No entanto, é duvidoso se serão capazes de inserir a vítima nas teorias da pena de forma contundente, e afastando-se das teorias clássicas da pena, com o fim de trazer, de fato, novidades para o estudo das teorias da pena e, ainda, fundamentá-la.

Assim, o presente trabalho pretende apresentar as origens do direito de punir, as teorias clássicas da pena, a reinserção da vítima no Direito Penal, e por fim as teorias expressivas da pena, com suas vertentes que pretendem encampar esse movimento vitimológico.

## I. DO PODER PUNITIVO

### I. 1. A origem do poder punitivo

A resposta do corpo social à prática de condutas lesivas aos interesses individuais e coletivos é datada desde o início da civilização. Até nas primeiras sociedades havia mecanismos de resposta àqueles que transgrediam as normas fundamentais destinadas ao convívio pacífico e harmônico.<sup>1</sup>

No entanto, nessa época o sistema de resposta aos conflitos que surgiam era baseado em um modelo arcaico de solução interpartes, em que seus propósitos principais eram tão somente a manutenção da coesão do grupo e o restabelecimento da harmonia social. A vítima e o indivíduo da sociedade que violou a norma eram os focos do processo, sendo protagonistas tanto do conflito, quanto da busca de uma solução para o mesmo.<sup>2 3</sup>

É justamente essa inexistência de um órgão separado e verticalizado de poder político que diferencia as sociedades primitivas das demais, ou seja, as sociedades sem Estado e sem divisão de classes são enunciadas pela antropologia como primitivas.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> JOFFILY, Tiago. **Direito e Compaixão – Discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal**. Rio de Janeiro: 1ª edição - Editora Revan, 2007. p. 21.

<sup>2</sup> Ibidem

<sup>3</sup> Como exemplo pode ser citado o “sistema de composição” (Kompositionensystem) no “direito tribal” (Stammesrecht) germânico como forma de resolução de conflitos. O “clã” (Sippe) era a unidade familiar, social e jurídica central entre os germânicos ocidentais. As pessoas livres e inseridas nessa sociedade, que era baseada em relações de sangue, poderiam exercer a “faida” (Fehde) diante daquele que de forma injusta atingisse um membro do clã. A conduta praticada contra um integrante dessa clã afrontaria a “honra” (Ehre) de todos que dela eram parte. A invocação da faida implicaria em uma espécie de “guerra declarada” contra o autor do fato e seu clã. O objetivo da faida seria infligir ao clã opositor uma violação da honra e prejuízo material igual ao malfeito sofrido pela parte lesionada, como uma espécie de retribuição. No entanto, os conflitos também poderiam ser pacificamente solucionados pela celebração de um acordo de “expição” (Sühne). Esse contrato compeliaria a parte autora realizar uma “penitência” (Buße) em favor da parte vitimada (RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtgeschichte**. 6a Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2011, pg. 2 a 4. apud NETO, Silvio Leite Guimarães. **Uma teoria da pena baseada na vítima – A busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Portugal, Lisboa, 2018. p.12.

<sup>4</sup> CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac e Naify, 2004. p. 185.

Assim, há um esforço para converter atos de vingança em processos regrados, dando punições orientadas conforme um sentido legal, que possibilitaria intervenção das autoridades na resolução das querelas até então privadas.<sup>5</sup>

Tão somente com o estabelecimento de uma instância de poder apartada dos membros da sociedade que o conflito, até então intersubjetivo, começa a receber intervenção do poder central, de modo que a vítima fosse totalmente excluída do processo, esse que passa a se desenvolver entre o Estado, poder político central e destacado da sociedade, e o infrator.<sup>6</sup> A vítima ao ser excluída, há o descarte de sua condição de pessoa, tirando sua humanidade, esta somente é usada para invocar sua dor e criar a oportunidade para o exercício do poder estatal.<sup>7</sup> O conflito passa a ser verticalizado, ao contrário do passado, onde era caracterizado pela horizontalidade das forças conflitantes.<sup>8</sup>

A transição mencionada não foi tida de forma evolutiva e tranquila, mas sim de modo tortuoso, caracterizada por muitas idas e vindas. Houve períodos de grande fortalecimento do Estado e supressão do papel da vítima, seguido por períodos onde há a retomada de valores comunitários e solidários, esses que eram sobrepostos a imposição da força absoluta do Estado.<sup>9</sup> Não há como propor uma linha evolutiva, já que trataria a história como um processo unitário e contínuo, o que seria um pensamento continuísta precipitado.

Assim, temos que após a queda do Império Romano predominou na Europa, até o fortalecimento dos Estados absolutistas, o modelo de solução de conflitos interpartes, em que a transgressão da norma e a lesão a um bem jurídico relevante criava uma inimizade latente entre a vítima e o ofensor, se estendendo a todos os membros de suas famílias,

---

<sup>5</sup> NETO, Silvio Leite Guimarães. **Uma teoria da pena baseada na vítima – A busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena.** Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Portugal, Lisboa, 2018. p.12.

<sup>6</sup> JOFFILY, Tiago. op cit. p. 21.

<sup>7</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito penal brasileiro, vol. I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 384.

<sup>8</sup> JOFFILY, Tiago. op. cit. p.21.

<sup>9</sup> Ibidem

para além disso, a solução dessas desavenças eram solucionadas desde uma composição, até mesmo duelos e julgamentos divinos.<sup>10</sup> O motivo dessas resoluções de conflito se pautam no fato de, nessa época, os poderes serem dispersos e divididos entre os senhores feudais, a Igreja, a comunidade local, o pai de família, e o exército.<sup>11</sup> Havia a coexistência de múltiplas ordens jurídicas.

Com o surgimento do poder central e a verticalização das relações entre as partes do processo, a partir do século XII, começa a haver a apropriação, por parte dos soberanos, do direito de vingança privada com o argumento de que as condutas que violassem certas normas não afetariam apenas a vítima, mas principalmente o soberano.<sup>12</sup> Ou seja, o sofrimento da vítima não seria o pilar da punibilidade de uma infração penal, pois o mal que a conduta realizada, contrária às normas estipuladas, faz recair sobre toda a coletividade seria o fator primordial a ser considerado.<sup>13</sup> Somado a isso, é válido ressaltar que haviam outros três fatores latentes que fundamentavam essa apropriação, quais sejam o crescimento proeminente da função disciplinar do senhor feudal contra seus subalternos, a luta das autoridades centrais para fortalecer sua influência a partir da extensão de seus direitos judiciais e por fim o interesse fiscal, pois a administração do direito penal provou ser uma fonte frutífera de receita.<sup>14</sup>

Nessa transição a Igreja Católica teve papel primordial, pois por meio da Santa Inquisição, sistematizou, pela primeira vez, as normas de criminalização, investigação e punição das condutas contrárias aos interesses da Santa Sé e do soberano. Seria, portanto, o primeiro modelo integrado de criminologia e criminalística com o direito penal e processual penal.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> JOFFILY, Tiago. op. cit. p. 22.

<sup>11</sup> LARRAURI, Elena. **Criminología crítica: abolicionismo y garantismo**. Ius et Praxis, vol. 4, no. 2, 1998, Redalyc. Disponível na Internet em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740205>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

<sup>12</sup> JOFFILY, Tiago. op. cit. p. 22.

<sup>13</sup> NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p.15.

<sup>14</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Trad. Gislene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 25.

<sup>15</sup> JOFFILY, Tiago. op. cit. p. 23.



Diante dessa sistematização, a confusão entre o direito e a moral é quase que absoluta, pois sendo a Igreja a intérprete, única e legítima, dos valores divinos, e o soberano o próprio representante de Deus na Terra, crime é tudo aquilo que ambas instituições definem. O maniqueísmo passa a ser figura central no mundo, de forma que os infratores não são mais aqueles que simplesmente transgrediram a norma, mas sim verdadeiros anticristos, cuja alma só poderia ser salva por meio das fogueiras.<sup>16</sup>

## I. 2. A transição do Estado absoluto para o Estado liberal

Como já dito, desde as primeiras sociedades, já havia a ocorrência de respostas contra a prática de condutas que violassem normas de convívio harmônico e pacífico, e conseqüentemente, atingissem interesses de um ou muitos membros da coletividade. No entanto, a exigência de uma justificação racional para a repressão estatal em matéria penal só foi concretizada a partir do surgimento do Estado moderno, quando foi atribuído à sociedade direitos de carácter abstencionista do Estado em face do indivíduo. Assim, os governantes não poderiam mais utilizar de explicações místicas ou religiosas para fundamentar o seu arbítrio.<sup>17</sup> A pena deixa de ser uma vingança divina, e se transforma em uma reação pública diante da violação de uma norma mundana.<sup>18</sup>

A derrocada da ideia de que a Terra é o centro do universo, caracterizado pelo modelo Copérnico, a chegada de Colombo à América, onde foi verificada a existência de sociedades que não eram pautadas pela divisão de classes, dentre outras descobertas do século XV, levaram ao questionamento da realidade existente na Europa até então.<sup>19</sup>

Diante disso, a racionalidade objetiva, baseada em ideias externas, anteriores e superiores ao homem como explicação para a realidade (na Antiguidade, o cosmos, e na Idade Média, Deus), cedeu lugar a uma nova percepção, que caracterizaria a Idade

---

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Ibidem. p. 24.

<sup>18</sup> NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p.17.

<sup>19</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 22. apud JOFFILY, Tiago. **Direito e Compaixão – Discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal**. Rio de Janeiro: 1ª edição - Editora Revan, 2007. p.24.

Moderna e que perdura até os dias de hoje, qual seja, a racionalidade subjetiva, fundamentada na ideia do ser humano como sujeito ativo do processo de conhecimento, esse que estabelece a realidade.<sup>20</sup>

Por conseguinte, o conhecimento verdadeiro só poderia ter um ponto de partida: o homem. Segundo René Descartes e sua máxima “penso, logo existo”, pode ser extraído que a própria reflexão humana sobre suas dúvidas, confirma a existência do ser.<sup>21</sup>

Mesmo para os empiristas ingleses que eram contrários ao método de Descartes, pois para eles seriam os sentidos humanos que pautados na experiência por indução alcançariam o conhecimento, ou seja, as percepções individuais dos fenômenos sensíveis, que levariam à verdade. O homem, de qualquer modo, continuava servindo de base para toda e qualquer tentativa de explicar o mundo.<sup>22</sup>

Com a combinação de ambos métodos racionais, o homem atingiu descobertas surpreendentes ainda no século XVII, o que garantiu as bases para a mudança de uma sociedade altamente teocêntrica para uma sociedade antropocêntrica. Tal mudança foi avassaladora e irreversível, de modo que o pensamento científico se tornou central em diversos ramos do conhecimento humano.<sup>23</sup>

### I. 3. A necessidade de justificação racional para o exercício do poder punitivo estatal

Com a crescente consolidação do racionalismo subjetivista e do cientificismo, o exercício do poder punitivo, monopolizado pelo Estado, passou a exigir fundamentos mais profundos do que tão somente a violação da vontade de Deus. Sendo o homem, e não mais o divino o centro do universo, todas as fundamentações anteriores para justificar

---

<sup>20</sup> AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação de normas em matéria penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 2 apud JOFFILY, Tiago. **Direito e Compaixão – Discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal**. Rio de Janeiro: 1ª edição - Editora Revan, 2007. p.24.

<sup>21</sup> JOFFILY, Tiago. op. cit. p. 24.

<sup>22</sup> Ibidem. p. 25.

<sup>23</sup> Ibidem. p. 25.

uma sociedade dividida entre meros súditos e privilegiados, que se portavam como a exteriorização da lei divina, foram se tornando insuficientes.<sup>24</sup>

O tema da liberdade como característica inata ao ser humano teve grande influência nas conquistas marítimas do século XV e foi, posteriormente, eleito pelos pensadores do Iluminismo como principal bandeira do movimento que objetivava transferir o poder da nobreza em queda para a burguesia ascendente.<sup>25</sup>

Com o foco de questionar a forma de organização da sociedade, onde o poder era concentrado nas mãos da nobreza, devido sua ascendência divina, os iluministas empenharam-se em criar uma nova forma de sociedade, baseada no modelo contratualista, de modo que a burguesia pudesse desempenhar algum papel político, e não apenas econômico no Estado.<sup>26</sup>

O iluminista John Locke (1632-1704) elaborou a tese que previa, no estado de natureza, o homem como titular de direitos fundamentais, fato que asseguraria uma convivência harmônica, pacífica e livre a todos. Nesse prisma, os cidadãos entregaram a título de custódia o poder governamental nas mãos de seus representantes, podendo retomá-los em caso de violação daqueles direitos naturais por parte dos governantes. Ou seja, a titularidade do poder seria do povo, apenas seu exercício, que seria de certo modo cedido, podendo, a qualquer momento, voltar a ser exercido por este.<sup>27</sup>

Em contrapartida, a tese formulada por Thomas Hobbes (1588-1679) era pautada numa tentativa de conciliar as mudanças sociais e filosóficas com a manutenção da forma absolutista de Estado. Por conseguinte, defendia que o estado de natureza seria um estado de guerra, onde nenhum direito individual era respeitado. Diante disso, os homens acordaram em depositar seu poder na pessoa do soberano, e a este era necessário impor a paz mediante a determinação do que seria, ou não proibido. Dessa forma, seja como

---

<sup>24</sup> Ibidem. p. 25.

<sup>25</sup> Ibidem

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

<sup>27</sup> Ibidem

fosse desempenhado o governo, ainda que despótico, diante do risco de retorno ao estado de selvageria, aquele seria melhor do que arriscar a quebra do contrato.<sup>28</sup>

As mudanças da Revolução Industrial, com o surgimento e organização das classes operárias nos novos centros urbanos e o declínio do antigo sistema de servidão, que eram uma das bases da nobreza, garantiram o sucesso das teses iluministas. Com isso, houve espaço para grandes mudanças políticas, em especial na França, onde as ideias contratualistas de Rousseau serviram como fundamento teórico para a Revolução de 1789.<sup>29</sup>

No entanto, o movimento iluminista não se limitou à reestruturação do poder político, ele também se preocupou em racionalizar o exercício da faceta mais sensível da atividade estatal e uma de suas principais armas de dominação, qual seja o poder punitivo.<sup>30</sup>

Diante do constante risco e medo de serem submetidos às penas da Santa Inquisição, os iluministas passaram a buscar justificativas racionais para a aplicação de pena aos infratores, assim como, mecanismos que serviam para limitar o poder punitivo exercido pelo Estado.<sup>31</sup>

Com isso, o direito penal idealizado pelos pensadores iluministas tinha como objetivo declarado frear as inúteis e cruéis penas aplicadas antes da nova noção de pessoa humana como titular de direito frente ao Estado, e também, retraindo o poder punitivo concentrado nas mãos da nobreza em queda.<sup>32</sup>

#### I. 4. O Iluminismo e a precursão das teorias da pena

---

<sup>28</sup> Ibidem

<sup>29</sup> Ibidem

<sup>30</sup> Ibidem

<sup>31</sup> Ibidem

<sup>32</sup> Ibidem. p. 27.

O racionalismo e direito natural difundidos a partir do século XVII, como visto, culminaram no advento do Iluminismo dos séculos XVIII e XIX. O pensamento jurídico-criminal iluminista é destacado pelo intento de secularizar o direito e moral, a busca da limitação legal do *jus puniendi estatal*, o repúdio das penas brutais e da tortura, e uma orientação instrumentalizada da atividade punitiva.<sup>33</sup>

As obras e os autores precursores das teorias da pena são remontadas ao Iluminismo. As teses desse período são baseadas na fundamentação que atribuíam a punibilidade. Um primeiro grupo de teóricos propunham uma fundamentação de que a pena teria finalidade de promover o interesse coletivo na prevenção de crimes. Já um segundo grupo teórico concebia uma fundamentação alheia a considerações empírico-instrumentais, em que a pena seria a resposta intrinsecamente apropriada ao crime.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p.18.

<sup>34</sup> *Ibidem*

## II. AS TEORIAS DA PENA

### II. 1. Introdução às teorias da pena

As teorias de justificação da pena operam como discursos de racionalização do poder do soberano. Temos então que, do ponto de vista da teoria política, a sanção penal instaura a ordem jurídico-política diante do uso da força e a reivindicação de sua legitimidade. Ademais, sua imposição pela autoridade constituída é um ato de violência programado pelo poder político, e racionalizado pelo saber jurídico. Assim, pelo fato de caracterizar-se como uma violência, o discurso jurídico determina que o exercício da força dentro da ordem política seja limitado por regras e legitimado por discursos, quais sejam as teorias da pena. Ou seja, o Direito Penal tem como um de seus focos o de justificar o processo de racionalização do exercício da violência estatal, organizando os discursos de justificação em grandes modelos narrativos denominados teorias de pena.<sup>35</sup>

As teorias da pena, portanto, são grandes narrativas de justificação sobre a punição elaboradas na modernidade, com a pretensão de conferir cientificidade e racionalização do poder estatal.<sup>36</sup>

O projeto da modernidade, no âmbito do direito penal, fomenta a proposição de modelos universais de legitimação das sanções que possam ser aplicados como resposta a qualquer infração penal. É um evidente exercício de construção de tipos ideais, gerais e abstratos, que permitem harmonizar o sistema penal em torno de determinado princípio ou sentido unificador. O princípio unificador do sistema de legitimação das sanções é exatamente a justificativa fornecida pelas teorias da pena.<sup>37</sup>

### II. 2. As teorias absolutas da pena

---

<sup>35</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo.: Saraiva, 2015. p. 44 a 47.

<sup>36</sup> *Ibidem* p. 50.

<sup>37</sup> *Ibidem* p. 51.

A tipologia absoluta deriva da finalidade autônoma atribuída a pena, ou seja, a pena é desvinculada de qualquer efeito ou projeção social.<sup>38</sup> A pena estaria justificada tão somente pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado, sem se preocupar com o alcance de fins futuros.<sup>39</sup>

As teorias absolutas da pena sustentam-se, em grande maioria, no modelo iluminista de contrato social, em que a infração penal é tida como uma ruptura da obrigação contratual, sendo a pena uma indenização pelo mal praticado. A relação entre crime e pena é concebida a partir da noção de uma dívida, e a lógica obrigacional fixa a necessidade da reparação do dano em razão do inadimplemento, qual seja o descumprimento das normas sociais. O poder punitivo estatal é um direito/dever do Estado exercido por meio da expropriação forçada do tempo, pois a capacidade laboral e a liberdade do culpado seriam os únicos objetos passíveis de conversão da dívida em algo tangível a partir da racionalização do sistema punitivo na modernidade.<sup>40</sup>

Entre os principais representantes das teorias absolutas da pena temos os filósofos Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

## II. 2.1. A teoria absolutista kantiana

Kant sustenta que a lei penal é um imperativo categórico que deve ser respeitado sob quaisquer condições.<sup>41</sup> O desrespeito no âmbito moral dos imperativos categóricos determinaria a aplicação da pena, não existindo maiores justificativas à punição, tão somente a própria inobservância daquilo que a racionalidade humana aponta como sendo a “expressão da felicidade”, “a vontade moralmente boa”.

A pena, segundo o modelo kantiano, não poderia ter qualquer finalidade utilitária. Os objetivos de melhorar ou corrigir o homem que cometeu a infração penal, ou de

---

<sup>38</sup> Ibidem p. 57.

<sup>39</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1**. 22ª edição, Campinas: Bookseller, 2016. p. 134.

<sup>40</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 57 e 58.

<sup>41</sup> Ibidem p. 58.

intimidar os não infratores a não cometerem a infração seriam ilegítimos. Isso se dá pelo fato que, caso o Estado utilizasse a pena como meio de correção ou intimidação, o ser humano seria transformado em um meio para alcançar um fim, fato que tornaria a sanção imoral.<sup>42</sup> Ou seja, jamais um homem poderia ser instrumentalizado diante dos desígnios de outro, nem ser tido como objeto de direito real.<sup>43</sup>

O filósofo alemão afirma que o pressuposto principal do agir humano é a observância das regras morais; que pode ser representado pelo imperativo categórico e sintetizado em duas fórmulas: a primeira é que o ser humano age segundo uma máxima com o objetivo de que tal máxima possa, ao mesmo tempo, se tornar uma lei universal; a segunda é que nunca alguém deve tratar a si mesmo, nem aos demais, como simples meio, mas como um fim em si mesmo, ou seja, é vedado instrumentalizar o ser humano e torná-lo um mero objeto.<sup>44</sup>

A medida e a espécie da pena aplicada seriam baseadas por uma relação de tratamento recíproco entre pessoas. Isso porque, argumentava que “o mal não merecido que fazes a teu semelhante, o fazes a ti mesmo, se o desonras, desonras-te a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltratas-te ou te matas a ti mesmo.”<sup>45</sup> No entanto, entendia que tal aplicação da pena deveria ser apreciada por um tribunal e não pelo julgamento particular.<sup>46</sup>

Kant, portanto, equipara a lei penal e a pena à mais típica expressão da lei moral, que decorre, segundo ele, do reconhecimento racional da natureza humana da vontade moralmente boa, válida para todos os homens e em todos os tempos, e que deve ser cumprida, não pelas suas vantagens, sendo desnecessário qualquer tipo de coação ou recompensa para estimular o homem, mas tão somente por dever de consciência.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 59.

<sup>43</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 137.

<sup>44</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 59.

<sup>45</sup> KANT, Emmanuel. **Princípios metafísicos de las costumbres**. 7ª ed. Madrid, ESPASA-CALPE, 1983. p. 168.

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 137.

<sup>47</sup> JOFFILY, Tiago. op. cit. p. 34 e 35.



## II. 2. 2. A teoria absoluta hegeliana

Ao contrário do modelo kantiano de retribuição ético e moral, Hegel coloca a problemática na esfera jurídica. De acordo com o filósofo alemão, a pena será justificada pela necessidade de reestabelecer do direito que foi violado. A violência da pena corresponderia à violência perpetrada contra o ordenamento jurídico, visto que este foi alterado diante da desordem do cometimento da infração penal. A infração penal, portanto, por configurar uma lesão ao direito deveria ser neutralizada por outra força correspondente.<sup>48</sup>

A tese pode ser resumida a partir da conhecida frase que “a pena é a negação da negação do Direito”. O princípio fundamental seria a noção de que a violência destrói a si mesma com outra violência.

Sobre isso, temos:

“A supressão do crime é a remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra violência, quer segundo a existência, quando o crime possui certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontra na sua negação como existência.”<sup>49</sup>

A infração penal é considerada como violação da ordem jurídica, e não um mal produzido ou um imperativo ético violado, que justificaria a imposição de uma sanção retributiva, visto a necessidade de recomposição da lei. Ou seja, os discursos legitimadores da pena associam a ideia de que a eliminação de um mal pelo mal produz um valor positivo na sociedade.<sup>50</sup>

Aduz Hegel:

---

<sup>48</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 59.

<sup>49</sup> HEGEL, Friedrich. **Princípios de Filosofia do Direito**. 3. Ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1986. p. 92 e 93.

<sup>50</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 60.

“Este aspeto superficial da malignidade é, por hipótese, atribuído ao crime nas diferentes teorias da pena que se fundamentam na preservação, na intimidação, na ameaça, na correção, consideradas como primordiais; o que disso deverá resultar é definido, de um modo também superficial, como um bem”.<sup>51</sup>

Na ideia hegeliana de Direito Penal, é evidente a aplicação de um método dialético, tanto que pode ser dito que a “tese” seria representada pela vontade geral, ou melhor, pela ordem jurídica; a “antítese” seria a negação do ordenamento jurídico concretizada pela infração penal cometida; e a “síntese” vem a ser a negação da negação, ou seja, a pena é a sanção da infração penal.<sup>52</sup>

No entanto, Hegel entende como fundamental o deslocamento dos problemas éticos e morais do debate jurídico, para considerar objetivamente a justiça. Os efeitos da pena sobre o criminoso ou a sociedade são externos a questão jurídica central, qual seja se a pena imposta é justa ou injusta.<sup>53</sup>

Hegel atribui o conteúdo do *jus talionis* à pena. Entretanto, apesar de supor que a ação realizada determina a pena, não o faz fixando sua modalidade, mas apenas demonstra sua equivalência. Na hora de determinar a natureza e a medida da pena, é difícil aplicar literalmente a lei de talião, no entanto, isso não elimina a justiça em relação à identidade valorativa da lesão do direito com a aplicação da pena.<sup>54</sup>

## II. 2. 3. Críticas às teorias absolutas

O postulado das teorias absolutas da pena forneceu um critério de proporcionalidade pela lesão causada, principalmente no modelo kantiano. Assim, contribuíram com a importante função de limitar o excesso punitivo, visto que a pena deveria ser determinada no limite da culpabilidade do réu, estabelecendo uma justa proporção entre a infração penal e sua sanção.<sup>55</sup> Isso se deve pelo fato de o pensamento

<sup>51</sup> HEGEL, Friedrich. op. cit. p. 90.

<sup>52</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 138.

<sup>53</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 60.

<sup>54</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 139.

<sup>55</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 61.

kantiano definir a pessoa humana como um fim em si mesmo, e não um meio para outros fins, estabelecendo princípios basilares como a dignidade da pessoa humana, e que a pena não pode ser desvinculada da garantia individual expressa no princípio da culpabilidade.<sup>56</sup>

No entanto, mesmo com tais pontos positivos, do ponto de vista científico, tais teorias não se sustentam nos dias atuais. Um dos motivos são os problemas teóricos de incompatibilidade do fundamento absoluto com a finalidade exclusiva do direito penal na proteção subsidiária de bens jurídicos. Diante disso, é injustificável a aplicação de penas que prescindem qualquer fim social, não estando as teorias absolutas dotadas de legitimidade suficiente para orientar os sistemas punitivos do século XXI.<sup>57</sup>

Somado a isso, as teorias absolutas da pena são, também, insustentáveis do ponto de vista normativo, pois creem na existência de um nexo de causalidade necessário entre a culpa e o castigo. Não compreendem a pena como uma construção política e sim um dado social. Crime e castigo são entendidos como fenômenos naturais, fato que imuniza qualquer questionamento prévio. As teorias absolutas estariam assentadas em uma interpretação jurídica da natureza na qual a sanção representaria a restauração, o remédio ou a reafirmação da ordem natural violada.<sup>58</sup>

Nesse sentido Geraldo Prado aduz:

“As teorias penais surgiram nos séculos XIX e XX para legitimar o funcionamento do sistema criminal, conforme o discurso da modernidade, não problematizando no início um de seus elementos principais, o crime, que era considerado como um dado social e não criação do próprio poder político.”<sup>59</sup>

Outra crítica é do ponto de vista empírico, pois os modelos kantianos e hegelianos são, essencialmente, dedutivos, inexistindo qualquer dado fático que permita afirmar que

---

<sup>56</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 141.

<sup>57</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 62.

<sup>58</sup> Ibidem p. 62 e 63.

<sup>59</sup> PRADO, Geraldo. **Campo Jurídico e Capital Científico**. Ensaio apresentado no Programa de Pós-Doutoramento do Departamento de História de Ideias da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011. p. 26.

a sanção, efetivamente, exerce um papel de neutralização. As teorias absolutas da pena não constituem nenhuma justificação em si mesmas, estando, somente, a serviço da “defesa social”.<sup>60</sup>

Além disso, é possível notar a inadequação de sistemas de justificação baseados em critérios de retaliação, pois a pena estruturada em uma retribuição é de difícil quantificação. Assim, tal ideal pode legitimar, sobretudo em sociedades imersas na cultura punitivista, a aplicação de penas exageradas de acordo com o princípio taliônico. Ademais, a cadeia de princípios que norteiam as Constituições contemporâneas, decorre, em grande parte, da incorporação de preceitos internacionais do direito humanitário, o que evidencia a inadequação da resposta retributiva como discurso de legitimação do sistema punitivo.<sup>61</sup>

### II. 3. As teorias relativas da pena

Para as teorias relativas, a pena se justifica não para retribuir a infração penal cometida, mas sim para prevenir sua prática; são voltadas para que o infrator não volte a incorrer na mesma conduta. Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros, estando justificada pela sua necessidade, qual seja, a prevenção de infrações penais.<sup>62</sup>

Existem dois grandes discursos de legitimação do poder punitivo formulados a partir de funções preventivas, sobre isso aduz Zaffaroni:

“a) o que pretende que o valor positivo da criminalização atue sobre os que não delinquiram, das chamadas teorias da prevenção geral, as quais se subdividem em negativas (dissuasórias) e positivas (reforçadoras); e

<sup>60</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª. ed São Paulo.: Saraiva, 2015. p. 62; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 38.

<sup>61</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 64.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón - teoría del garantismo penal**. Madrid. Ed. Trotta, 1995. p. 258 apud BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1**. 22ª edição, Campinas: Bookseller, 2016. p. 142.

b) o que afirma que o referido valor atua sobre os que delinquiram, das chamadas teorias da prevenção especial, as quais se subdividem em negativas (neutralizantes) e positivas (ideologias re: reproduzem um valor positivo na pessoa)”<sup>63</sup>

Embora as teorias absolutas tenham inegável importância histórica, as teorias relativas que se destacam e marcam a literatura penal e criminológica de modo mais contundente foram as de prevenção geral negativa (teorias da dissuasão) e as de prevenção especial positiva (teorias da emenda).<sup>64</sup>

### II. 3. 1. A teoria relativa da prevenção geral negativa

Tal vertente teórica é gestada sobre o paradigma liberal-contratualista, a hipótese contratual (Hobbes, Rousseau, Voltaire e Locke), o indivíduo, ao encontrar-se solitário e em estado de natureza, cansado de viver na constante incerteza da manutenção de seus bens jurídicos, adere, de modo voluntário, por meio de um contrato, à sociedade civil. O poder político hierárquico e destacado da sociedade, legitimamente constituído, diante do estabelecimento de penas impediriam o retorno do homem ao estado de barbárie.<sup>65</sup> Sobre isso, defende Cesare Beccaria: “Eram necessários meios sensíveis e muito poderosos para sufocar esse espírito despótico, que logo voltou a mergulhar a sociedade em seu antigo caos. Tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiam as leis.”<sup>66</sup>

Nota-se que a cessão de parte de suas liberdades individuais é a contrapartida oferecida pelo cidadão ao firmar o contrato para justificar o poder punitivo. Sobre isso, o filósofo italiano Cesare Beccaria conclui:

“Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com

<sup>63</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 115.

<sup>64</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 65.

<sup>65</sup> Ibidem. p. 66.

<sup>66</sup> BECCARIA, Cesare. Bonasana, Marches di, 1638-1794 – **Dos delitos e das penas** / Cesare Beccaria; tradução Torrieri Guimarães – São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 17.

mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.

Não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo, que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros.

Eram necessários meios sensíveis e muito poderosos para sufocar esse espírito despótico, que logo voltou a mergulhar a sociedade em seu antigo caos. Tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiam a lei.<sup>67</sup>

Com a entrega de parcela de suas liberdades individuais a pena é fundamentada e limitada. Como o contrato versa sobre a liberdade individual, somente este bem poderia ser executado em caso de violação do contrato, seria uma forma de bem penhorado em garantia.<sup>68</sup> Por óbvio não é qualquer liberdade que seria passível de execução, visto que somente a pena privativa de liberdade é que poderia ser instrumentalizada para calcular tempo que perduraria a sanção. A explicação se pauta no fato de ser a liberdade de locomoção, provavelmente, o único bem individual suscetível de cálculo no tempo.<sup>69</sup>

A partir de tais pressupostos Beccaria desenvolve uma teoria da pena baseada em preceitos utilitaristas, transpondo a noção de que a pena em si mesma seria suficiente para legitimar o poder punitivo. O estudioso italiano desenvolve tal conteúdo ao prescrever que:

“É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes de procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência.”<sup>70</sup>

<sup>67</sup> BECCARIA, Cesare. op. cit. p. 17.

<sup>68</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 66.

<sup>69</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 264 apud CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª. ed São Paulo.: Saraiva, 2015. p. 66

<sup>70</sup> BECCARIA, Cesare. op. cit. p. 94.

Com o foco nas ideias de proporcionalidade, necessidade e culpabilidade, a pena adquire um fim intimidador, visto que o exemplo aplicado ao infrator seria o meio necessário para constranger o corpo social a não incorrer na mesma conduta criminosa.<sup>71</sup>

Beccaria aduz:

“os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. Entre penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.”<sup>72</sup>

É proveitoso, ainda, complementar que apesar de ratificar o caráter intimidativo da pena, Beccaria não esgota na sanção criminal os únicos meios para prevenir a criminalidade, já que aponta a injustiça social e má distribuição de riqueza como fatores potencializadores do crime. Ou seja, também trata de ações preventivas não penais.<sup>73</sup>

Em *Anti-Hobbes (ou os limites do poder supremo e o direito de resistência dos cidadãos contra o soberano) (1798)* Feuerbach densifica o modelo de prevenção geral negativa. A partir do momento que indaga o conceito jurídico de pena, o autor parte do pressuposto que o fim da pena não pode ser a correção do culpado, pois o Estado não é tutor, mas sim protetor e defensor; não possuindo como finalidade a moralidade e cultura, mas sim a tutela da liberdade.<sup>74</sup> Com isso formula a seguinte conclusão: “a intimidação dos outros, para que não cometam as condutas incriminadas, não deveria ser o escopo essencial da pena e o fundamento do direito de infringi-la? A resposta afirmativa é uma opinião comum aos nossos juristas e filósofos.”<sup>75</sup>

Ou seja, com a ameaça da pena, avisando aos membros da sociedade quais condutas haverá a reação estatal, e a aplicação da pena cominada, de modo a mostrar

<sup>71</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 67.

<sup>72</sup> BECCARIA, Cesare. op. cit. p. 45.

<sup>73</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 68.

<sup>74</sup> FEUERBACH, Anselm von. **Anti-Hobbes (ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coativo dei cittadini contro il sovrano)**. Milano: Giuffrè, 1972. p. 104 apud CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª. ed São Paulo.: Saraiva, 2015. p. 68.

<sup>75</sup> FEUERBACH, Anselm von. op. cit. p. 106.

a disposição de cumprir a ameaça realizada, o Direito Penal traz soluções para a criminalidade e a essência da pena.<sup>76</sup>

Para o filósofo alemão, o indivíduo, como membro de um corpo social, está submetido à vontade comum representada pelas leis. Ao Estado caberia a criação de condições que impeçam as lesões aos direitos. A pena em seu sentido absoluto não cria condições para a prevenção do cometimento de novas infrações penais. Logo, as instituições jurídicas e políticas têm como objetivo fim a proteção dos bens integrantes à comunidade civil.<sup>77</sup>

O fundamento intimidatório da pena, tido pela atuação político-criminal do Legislativo, estaria condicionado à eficácia dos poderes Judiciário e Executivo. Isso porque, se seu objetivo é a dissuasão dos que não cometeram crimes, a aplicação da pena deve ser evidente, sob pena de perder seu caráter simbólico tanto aclamado.<sup>78</sup> Sobre isso Feuerbach infere:

“o objetivo da cominação legal da pena é a intimidação de todos como possíveis protagonistas de lesões jurídicas. A finalidade de sua aplicação é dar fundamento efetivo à cominação legal, dado que sem sua aplicação haveria lacuna (seria ineficaz). Se a lei intimida todos os cidadãos e a execução deve dar efetividade à lei, o objetivo mediato (ou final) da pena é, em qualquer caso, a intimidação dos cidadãos através da lei”<sup>79</sup>

Dessa forma, a punição não direcionada ao indivíduo que praticou a infração penal inexistente qualquer fim educacional ou moral. A ideia é excluir a prevenção particular, negando qualquer conteúdo pedagógico, a pena torna-se imunizada de pretensões correccionalistas.<sup>80</sup>

## II. 3. 1. 1. Críticas às teorias de prevenção geral negativa da pena

<sup>76</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 144.

<sup>77</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 69.

<sup>78</sup> Ibidem

<sup>79</sup> FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 61.

<sup>80</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 69.



Primeiramente vale apontar que tais teorias partem do pressuposto da capacidade do autor de uma infração penal em valorar consequências negativas do seu atuar, e depois de um cálculo racional entre ônus e bônus do ato ilícito optar pela observância das normas jurídicas ou o cometimento da infração penal.<sup>81</sup> Todavia, não se leva em conta um aspecto importante da psicologia do autor do ato ilícito, qual seja o de não ser descoberto.<sup>82</sup>

Somado a isso, partem do pressuposto que o autor, ou possível autor, da infração penal tenha o conhecimento da norma jurídica. No entanto, constata-se que os cidadãos, em geral, possuem conhecimento muito vago e impreciso do Direito Penal.<sup>83</sup>

Há outros problemas em tais formulações, o primeiro é relativo à adoção do sistema de coação psicológica ou moral, pois a partir dessa ideia pode ser estabelecido e aplicado penas descomunais que, inclusive, superam a medida da culpabilidade do autor da infração penal. Não conseguem garantir o equilíbrio entre merecimento e necessidade da pena.<sup>84</sup> Segundo Carrara:

“acarreta um aumento constantemente progressivo das penas, pois a prática do delito, ao demonstrar de maneira positiva que o culpado não sentiu temor pela sanção, conduz ao convencimento de que para impor temor às pessoas é necessário aumentá-la.”<sup>85</sup>

Nos tempos atuais Roxin reitera a consequência hipercriminalizadora:

“(...) não inclui nenhuma medida para a delimitação da duração da pena. Assim, a prevenção geral negativa se encontra sempre diante do perigo de converter-se em terror estatal. Pois a ideia de que penas mais altas e mais duras produzam maior efeito intimidatório foi historicamente (apesar de sua provável inexatidão) a razão mais frequente das penas ‘sem medida’”<sup>86</sup>

<sup>81</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 70.

<sup>82</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 145.

<sup>83</sup> Ibidem. p. 146.

<sup>84</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 144.

<sup>85</sup> CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal: parte general**. Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma, 1996. p. 69.

<sup>86</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**, Madrid: Civitas, 1997. p. 93.

Outro problema do modelo de dissuasão é a falta de instrumentos idôneos que possam demonstrar a existência de qualquer relação factível entre a existência das sanções, e o não cometimento das infrações penais.<sup>87</sup>

Não há como serem válidas do ponto de vista empírico, pois partem da redução do ser humano ao binômio liberdade-causalidade. Entretanto, é nítido que não é possível conceber o agir humano a partir de conceitos metafísicos e idealizados.<sup>88</sup>

Além de ser isenta de comprovação empírica, com os avanços das ciências criminais e sociais, é possível afirmar que a prática ou não de infrações penais independem dos fatores de criminalização e punição. É claro que isso não significa que para algumas pessoas a pena tenha efeito simbólico intimidador, no entanto, o fundamento dissuasivo é apenas um fator dentre as inúmeras circunstâncias que influenciam a prática ou abstinência de atos ilícitos.<sup>89</sup>

Ademais, Ferrajoli aponta outro defeito, agora do ponto de vista normativo, das teorias de prevenção geral negativa, qual seja a violação da ética kantiana que estabelece que o homem não pode servir como instrumento para atingir os fins estatais. Não pode ser legitimado pelo Direito Penal utilizar o sujeito criminalizado como um simples objeto de exemplaridade.<sup>90</sup>

Apesar das críticas, as teorias de prevenção geral negativa conseguiram assegurar o princípio da legalidade, visto que a melhor forma de prevenir infrações penais é por meio de deixar expreso quais são as condutas contrárias ao ordenamento jurídico. Ademais, serviram de base para o princípio da materialidade, pois somente seria possível prevenir comportamentos exteriorizados e não ânimos ou intenções subjetivas, vide o

---

<sup>87</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. 72.

<sup>88</sup> Ibidem. p. 70.

<sup>89</sup> Ibidem. p. 73.

<sup>90</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Roma: Laterza, 1998. p. 268 apud CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª. ed São Paulo.: Saraiva, 2015. p. 75.

direito à perversão. Por fim conseguiu dar base para os princípios da culpabilidade e responsabilidade individual, na medida em que somente os comportamentos voluntários consciente e culpáveis são passíveis de prevenção por meio da ameaça da pena.<sup>91</sup>

Além disso, temos então que um dos méritos das teorias de prevenção geral negativa é, inegavelmente, não deixar que moral e direito, duas esferas que sempre se tangenciam, sejam fundidas. Logo, tal ideal respeita o pressuposto da secularização do direito.<sup>92</sup>

### II. 3. 2. A teoria relativa da prevenção especial positiva

Ao contrário das teorias absolutas e das teorias relativas de prevenção geral, direcionadas, respectivamente, ao crime e à coação psicológica da comunidade; os discursos de prevenção especial positiva inauguram a perspectiva punitiva centrada no indivíduo, sendo o homem principal destinatário da pena e protagonista de sua execução.<sup>93</sup>

A pena passa a objetivar sobretudo a reforma moral do indivíduo que cometeu o ato ilícito. Ou seja, adquire um sentido essencialmente medicinal, visto que o homem infrator se constitui como um indivíduo deficitário, com marcantes carências de natureza orgânica ou moral, as quais são passíveis de mediação para supri-las por meio da pena.<sup>94</sup> Nesse sentido Carnelutti afirma que a pena deve ser um: “*restitutio do ser*”: a pena foi concebida sempre como um remédio contra o delito. Se, portanto, o delito é o sintoma de uma deficiência de quem o pratica, a pena deveria servir para preenchê-la (...) para as enfermidades do corpo”<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón – teoria del garantismo penal**. Madrid. Ed Trotta, 1995. p. 278 apud BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1**. 22ª edição, Campinas: Bookseller, 2016. p. 147.

<sup>92</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 79.

<sup>93</sup> Ibidem p. 79.

<sup>94</sup> Ibidem p. 80.

<sup>95</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal: principios del proceso penal II**. Buenos Aires: Temis/Depalma, 1996. p. 8.

Neste quadro, há uma mudança radical no debate sobre as finalidades e funções da pena, visto que tais discussões começaram a ser compartilhada por investigadores de outros ramos do saber, ocorrendo o ingresso de estudiosos das áreas da saúde mental e do serviço social.<sup>96</sup>

Ao ser abandonada a ideia de livre-arbítrio, em que o sujeito seria responsável com capacidade de compreensão e de opção, o sistema punitivo se direciona para a análise e recordação reconstrutiva da personalidade do homem que cometeu a infração penal, bem como das condições que o levaram a agir de tal modo. A partir dessa avaliação, isola-se a causa do delito, é diagnosticada sua etiologia e delimitam-se o grau e a forma de intervenção corretiva. É nesse processo que há a substituição da noção da finalidade retributiva da pena ou dissuasiva pela perspectiva preventivo-especial de pena-tratamento.<sup>97</sup>

Dois são os efeitos dessa mudança: o primeiro é a substituição da culpabilidade pela periculosidade; segundo, a pena, antes tida como retribuição da culpabilidade ou como dissuasiva, é reconfigurada como terapêutica voltada à correção dos déficits do indivíduo que determinaram ou pelo menos potencializaram que este viesse a cometer um ato ilícito.<sup>98</sup>

Tal mudança para o discurso correccionalista gerou reflexos na interpretação do crime como fenômeno jurídico e na pragmática de aplicação e execução da pena. Com o caráter medicinal a pena é convertida, em maior ou menor escala, em medidas de segurança ou socioeducativas, tanto em sua forma, quanto no tempo da punição.<sup>99</sup>

Diante disso, diferentemente da pena retributiva ou dissuasiva, em que é possível estabelecer alguma quantidade e a qualidade da sanção; na estrutura correccionalista é inviável a fixação objetiva de tais características, pois é necessário um diagnóstico

---

<sup>96</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 80.

<sup>97</sup> Ibidem p. 81.

<sup>98</sup> Ibidem

<sup>99</sup> Ibidem p. 82.

pretérito a aplicação da pena, bem como de forma periódica acompanhar os resultados da mesma.<sup>100</sup>

Somente após o diagnóstico passado e do tratamento dos déficits, interiores e exteriores ao indivíduo, é que ele conquista a possibilidade de retornar para o convívio no corpo social.<sup>101</sup>

### II. 3. 2. 1. Críticas as teorias relativas de prevenção especial positiva

Primeiramente, nota-se que do ponto de vista empírico é possível observar que a lógica correccionalista se concretiza por meio de três indicadores: a classificação do criminoso, a medição de sua periculosidade e o grau de ressocialização.<sup>102</sup>

O criminoso é classificado de acordo com suas características físicas e psíquicas, propensão a cometer crimes (periculosidade) e a gravidade do crime cometido. Essa classificação do criminoso permitia reduzir a complexidade dos problemas individuais que acometem o ser humano, o que criava códigos gerais de interpretação da investigação criminológica. Posteriormente, a pesquisa era completada com laudos e pareceres criminológicos, que mediam o grau de periculosidade do indivíduo. Assim, individualizando cientificamente o criminoso com base na sua patologia, e definida sua extensão da potência de cometer crimes, a intervenção penal se projetaria como terapêutica.<sup>103</sup>

Ocorre que o conceito de “periculosidade” se trata de um conceito vazio e isento de conteúdo cientificamente válido, pois carece de qualquer possibilidade empírica de demonstração e refutação. No entanto, esse significado foi amplamente usado no modelo correccionalista, pois possui um alta maleabilidade conceitual, o que permitia vincular qualquer desvio, nos âmbitos orgânicos, sociais ou disciplinar, à possibilidade de prática

---

<sup>100</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 82.

<sup>101</sup> Ibidem

<sup>102</sup> Ibidem p. 86.

<sup>103</sup> Ibidem

futura de infrações penais, fato que criava nessa “periculosidade” uma ferramenta perfeita para o controle carcerário. Ou seja, mesmo carecendo de qualquer objetividade fática, os critérios utilizados para classificar o indivíduo e o conceito de periculosidade, foram as principais regras para definir os critérios de ingresso e permanência do indivíduo no sistema, bem como fundamentar decisões judiciais e administrativas.<sup>104</sup>

A ausência de dados objetivos nos instrumentos utilizados pelo modelo correccionalista provocaram a abertura do sistema penal para a utilização de julgamentos morais preconcebidos do sujeito criminalizado.<sup>105</sup> Segundo Vera Malaguti Batista:

“estes quadros técnicos, que entraram no sistema para ‘humanizá-lo’, revelam-se em seus pareceres (que instruem e têm enorme poder sobre as sentenças a serem proferidas) conteúdos moralistas, segregadores e racistas, carregados daquele olhar lombrosiano e darwinista social erigido na virada do século XIX e tão presente até hoje nos sistemas de controle social”<sup>106</sup>

Assim, a classificação e os prognósticos de periculosidade universalizaram a imagem de uma espécie de criminoso ideal, em que os resquícios de barbárie, seu grau de inferioridade intelectual e moral, sua morfologia, sua cor, dentre outros traços identificaria o *homo criminalis* que não alcançou o status de civilizado.<sup>107</sup>

Do ponto de vista teórico-normativo, as críticas partem do fato de o correccionalismo apagar a fronteira entre as sanções aplicáveis aos imputáveis e as terapêuticas dirigidas aos inimputáveis. Isso porque, a aproximação peculiar com as medidas de segurança produz os efeitos de instituir modelos antisseculares do direito penal do autor, bem como fomentar práticas inquisitórias.<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 87.

<sup>105</sup> Ibidem. p. 88.

<sup>106</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **O Proclamado e o Escondido: a violência da neutralidade técnica**. In: **Discursos Sediciosos, v.3**. Instituto Carioca de Criminologia, 1997. p. 77.

<sup>107</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. 89.

<sup>108</sup> Ibidem p. 90.

A principal característica dos sistemas penais do autor é a ruptura com o princípio da legalidade, pois a sanção é voltada para a conversão da identidade e ao julgamento do criminoso, e não as consequências de um ato ilícito previamente tutelado pelo ordenamento jurídico. Ou seja, não mais a liberdade interior do acusado é resguardada da intervenção punitiva, diminuindo sua liberdade.<sup>109</sup> Sobre isso aduz Ferrajoli:

“(...) viola o princípio do liberalismo: o direito de cada um ser e permanecer ele mesmo; e, portanto, a negação ao Estado de indagar sobre a personalidade psíquica do cidadão e transformá-lo moralmente através de medidas de premiação ou punição por aquilo que ele é e não por aquilo que ele fez”<sup>110</sup>

Sobre as práticas inquisitórias, os discursos do modelo em questão instituem procedimentos de subjetivação da infração penal e da pena, comprometendo a legalidade em sentido estrito, bem como a jurisdicionalidade na órbita processual, pois o juízo é submetido a critérios arbitrários, o que frustra as garantias processuais do réu. Por exemplo, como estão tais discursos desprovidos de qualquer base fática, sem qualquer parâmetro processual de controle, tais critérios e discursos desvinculam a ideia de contraditório do processo penal democrático. Isso porque, não é possível refutar os elementos de prova trazidos.<sup>111</sup>

Em síntese, do ponto de vista do direito material há o rompimento com o postulado da secularização do direito penal, a partir da inserção de sistemas penais do autor; na esfera processual penal, há a criação de obstáculos para a consolidação de práticas acusatórias fundadas no devido processo legal, e o uso errôneo de juízos baseados em conceitos abertos, o que legitima práticas inquisitórias.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 91.

<sup>110</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Quattro Proposte di Riforma dele Pene**. In: BORRÈ, Giuseppe e PALOMBARINI, Giovanni (Org.). *Il Sistema Sanzionatorio Penale e le Alternative di Tutela*. Roma: Franco Angeli, s/d. p. 46.

<sup>111</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Roma: Laterza, 1998. p. 77 apud CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª. ed São Paulo.: Saraiva, 2015. p. 92 e 93

<sup>112</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 94.

Por fim, no campo da execução das penas, há um molde de um saber causal-determinista onde a lógica psiquiátrica é tida como discurso moral de legitimação colonizando as práticas dos atores do sistema punitivo e subordinando materialmente as decisões administrativas e judiciais, o que prolifera uma constante afronta ao paradigma constitucional de tutela dos direitos fundamentais.<sup>113</sup>

No entanto, alguns méritos são reconhecidos, pois é possível sustentar que a finalidade de prevenção social traz a ideia de ressocialização do indivíduo, não tratando a pena exclusivamente como um fim em si mesma, mas com uma finalidade. Em um efeito reflexo e futuro dessa finalidade foi importante para diversificar as espécies de pena, humanizar o regime de cumprimento em prol das garantias fundamentais, especialmente dignidade da pessoa humana.<sup>114</sup> No entanto, vale destacar que nos dias atuais tenta-se evitar os efeitos dessocializadores da pena privativa de liberdade (contato com criminosos perigos, estigmas, perda de oportunidades de trabalho, isolamento social e etc.) do que propriamente a ressocialização de qualquer forma do indivíduo.<sup>115</sup>

#### II. 4. A inserção da vítima nas teorias clássicas da pena

Como observado, um ponto de destaque na teoria de prevenção geral negativa é a instrumentalização da vítima para a promoção de um benefício futuro, coletivo e incerto. Ou seja, suas formulações visam um benefício (incerto e futuro) dirigido a um corpo social (indeterminado e composto por aqueles não afetados pelo crime) sem se preocupar nos malefícios (certo e passado) impostos a vítima (determinada e de fato afetada pelo crime). Assim, surgem questionamentos sobre a plausibilidade de instrumentalizar o indivíduo para um possível benefício em prol da sociedade; e, pelo fato de aceitar que eventuais

---

<sup>113</sup> CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. op. cit. p. 94.

<sup>114</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. op. cit. p. 155.

<sup>115</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Retribición y prevención general. Un estudio sobre la teoría dela pena y las funciones del Derecho Penal**, Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F, 2007. p. 213 apud BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1**. 22ª edição, Campinas: Bookseller, 2016. p. 155.



interesses da vítima sejam ignorados, visto que o sujeito passivo da infração penal seria “inútil” em promover o interesse coletivo na prevenção de crimes.<sup>116</sup>

Na teoria preventiva especial positiva, novamente, há a instrumentalização do indivíduo para a promoção de um benefício futuro e incerto. A principal distinção frente as teorias preventivas gerais recaem no fato de que essas formulações beneficiam a sociedade por meio de medidas que favorecem o infrator. Em suma, essa teoria almeja um benefício (futuro e incerto) direcionado ao corpo social (indeterminado e composto por aqueles não afetados pelo crime) ao influenciar e beneficiar o autor da infração penal (determinado e causador do crime) sem se preocupar com os malefícios impostos à vítima (determinada e de fato afetada pelo crime). Assim, tal formulação é questionada, visto que o infrator, causador do ato ilícito, é mais considerado, e possivelmente beneficiado, que a própria vítima do crime, aquela que concretamente sofreu o mal injusto. Somado a isso, as críticas direcionadas a prevenção geral negativa, também são aplicáveis nesse modelo de teoria da pena.<sup>117</sup>

Por fim, as teorias absolutas, tanto a kantiana quanto a hegeliana, incorrem na perspectiva de que a “vítima” seria a abstração afrontada pela infração penal. As teorias têm como fim a restauração do direito ou ideal de justiça, se caracterizando por ser distante a violação de interesses e bens jurídicos do sujeito passivo da infração penal.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> NETO, Silvio Leite Guimarães. Uma teoria da pena baseada na vítima – **A busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Portugal, Lisboa, 2018. p. 44.

<sup>117</sup> Ibidem p. 45.

<sup>118</sup> PRITTWITZ, Cornelius. **Opferlose Straftheorien?** In SCHÜNEMANN, Bernd. DUBBER, Markus (Ed.). Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem: Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2000. p. 60; REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem**. Munique: Verlag C.H. Beck, 1999. p. 10 e 13 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. Uma teoria da pena baseada na vítima – **A busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Portugal, Lisboa, 2018. p. 45.

Apesar de serem tidas como mais favoráveis às vítimas,<sup>119</sup> não atribuem significância para os indivíduos concretamente afetados pelo mal injusto.<sup>120</sup>

Diante disso, nota-se que a vítima foi, ao longo de grande parte da história do Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia e Penologia, excluída dos processos, procedimentos e fundamentos vinculados à punição e não punição do infrator, fato que acarretou sua esterilização na influência sobre tais ramos. No entanto, como será visto, aos poucos, o sujeito passivo das infrações penais vem ganhando relevância e se reinserindo no cenário.

---

<sup>119</sup> HASSEMER, Winfried. **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts**. 2ª Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 1990. p. 72; ZIPF, Heinz. **Kriminalpolitik: Ein Lehrbuch**. 2ª Ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1980. p. 54. apud NETO, Silvio Leite Guimarães. Uma teoria da pena baseada na vítima – **A busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Portugal, Lisboa, 2018. p. 45.

<sup>120</sup> SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten**. Innsbruck: StudienVerlag, 2010. p. 47; PRITTWITZ, Cornelius. **Opferlose Straftheorien?** op. cit., p. 59. apud NETO, Silvio Leite Guimarães. Uma teoria da pena baseada na vítima – **A busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Portugal, Lisboa, 2018. p. 45.

### III – A VÍTIMA NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

III. 1. Introdução sobre os aspectos principais quanto a localização da vítima nos sistemas penais

A ciência penal durante muito tempo teve o enfoque de seus esforços em torno do autor da infração penal e o reestabelecimento das normas rompidas pela ação ou omissão do infrator. A acusação, a condenação e a pena desta época expressavam unicamente a desaprovação pública da conduta que incidiu na infração penal, ou a tentativa de prevenir novos crimes pela dissuasão ou por meio da emenda. Diante disso, com a finalidade de realizar uma justiça ideal, ou seja, imparcial e independente,<sup>121</sup> se teve como meta distanciar a vítima, cada vez mais, do cenário penal. O ofendido pela infração penal era visto como questão meramente tangencial, fungível e subsidiária, não sendo suscetível de considerações diretas ante o direito penal e processual penal.<sup>122</sup>

No entanto, aos poucos começa a se observar uma redefinição do rol da vítima no campo da ciência penal não implicava numa involução às etapas primitivas próprias da justiça penal privada, mesmo elas não existindo pura e simplesmente. Com isso, desenvolve-se o conhecimento que a infração penal gera uma relação plurilateral entre o autor, a vítima, Estado e a sociedade; e que além disso, a aplicação vertical pelo Estado de uma pena ou medida de segurança pode ser dada a partir da pacificação social do conflito em um plano horizontal e interpessoal.<sup>123</sup>

A partir disso, diante do caráter subsidiário, fragmentário e de *ultima ratio* do sistema penal, há uma profusão de critérios processuais e materiais de reparação de fato ou simbólica, esses que, paulatinamente, mostram uma entrada da composição, consenso

---

<sup>121</sup> COEN, Rebecca. **The Rise of the victim– A Path to punitiveness?** Irish Criminal Law Journal, nº 16, 2006, p. 10 e ss apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. **Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 145-190, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.215>. p. 147.

<sup>122</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. **Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 145-190, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.215>. p. 148.

<sup>123</sup> Ibidem

e autonomia da vontade como ferramentas chaves para a busca de uma alternativa à solução dos conflitos penais<sup>124</sup>, de modo que há uma nova inserção da vítima no Direito Penal.<sup>125</sup>

É claro que subsiste o temor de que a inserção da vítima no sistema penal possa ser caracterizada pela subjetividade, por meio de um Direito Penal simbólico. Além disso, pôr fim ou relativizar princípios como culpabilidade, proporcionalidade e igualdade. No entanto, é somente a partir da política-criminal e forma de Estado em que está instaurada que é possível ter a manifestação da resolução entre partes dos conflitos penais<sup>126</sup>, ou seja, essa inserção da vítima é reflexa e irradiada pelo sistema penal, não podendo ser sobreposta a ele.

### III. 2. As vias alternativas como modo de aprimorar e auxiliar o sistema penal clássico

É de conhecimento geral que o dano que é experimentado pela vítima por meio da infração penal não se esgota, somente, com a lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico penal. Tal dano se estende e é projetado em uma dimensão imaterial e pessoal, às vezes imperceptível, mas duradoura, que desencadeia uma série de malefícios contínuos para o ofendido. É ingênuo acreditar que as teorias absolutas, dissuasórias e de emenda reparam, por si só, os danos materiais e imateriais causados pela infração penal.<sup>127</sup> Esse fenômeno passou a ser identificado como um novo processo de vitimização, denominado vitimização secundária.

Deve se ter cuidado ao fazer suposições sobre o que as vítimas realmente buscam por meio de sua inserção no sistema penal; diversos estudos já demonstraram que as vítimas não tendem a ser mais punitivas que a opinião pública em relação com a

---

<sup>124</sup> Ibidem

<sup>125</sup> Como exposto no primeiro capítulo, não é uma evolução linear e contínua, mas sim tortuosa, com idas e vindas, onde, atualmente, nos encontramos nessa fase de inserção da vítima, principalmente, no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>126</sup> Ibidem. p. 149.

<sup>127</sup> Ibidem. p. 150.

repressão própria do sistema.<sup>128</sup> O sujeito passivo das infrações penais não buscam penas desmedidas e desproporcionais, a maioria dos ofendidos tendem a priorizar o reconhecimento, a compensação e o reestabelecimento ante a punição.<sup>129</sup> Sobre isso, Wemmers e Cyr aduzem:

“Given that victims do not seek decision-making power, but simply want to be taken into consideration, victim participation in the criminal justice process should not pose a threat to the existing power balance, nor to the rights of the accused within the conventional criminal justice system”<sup>130</sup>

Deste modo, movidos por interesses materiais ou até mesmo terapêuticos, mas também, pela expectativa de participação, apoio e consideração, as atitudes mais passionais das vítimas cederiam frente as atitudes mais reflexivas de perdão e reparação. Assim, um adequado sistema penal deve considerar, além da satisfação da pretensão punitiva do Estado, as justas expectativas, exigências e interesses da vítima. Ou seja, há a necessidade de instaurar um sistema penal pluridimensional e integrativo, onde sociedade, Estado, vítima e infrator sejam considerados.<sup>131</sup>

No entanto, essa mudança não deve ser entendida como uma substituição do sistema penal clássico para uma autocomposição privada do conflito. O que deve ser alterado é a compreensão do Estado perante o sistema, visto que esse não pode ficar indiferente aos danos causados pela infração penal, que são expressos em três esferas. A primeira esfera é a da própria vítima, que não sofre somente o dano e a estigmatização oriunda da conduta ilícita, mas também, a indiferença e apatia do Estado, resultando no

---

<sup>128</sup> VAN CAMP, Tinneke, **Understanding victim participation in restorative practices: Looking for justice for oneself as well as for others**. *European Journal of Criminology*, vol. 14, nº 6, 2016, p. 690 ss; DOAK, Jonathan; HENHAM, Ralph; MITCHELL, Barry. **Victims and the sentencing process: developing participatory rights?**. *Legal Studies*, vol. 29, nº 4, 2009. p. 655; EREZ, Edna; TONTODONATO, Pamela, **The effect of victim participation in sentencing on sentence outcome**. *Criminology*, vol. 28, nº 3, 1990. p. 467 ss apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. **Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 145-190, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.215>. p. 151.

<sup>129</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 151.

<sup>130</sup> WEMMERS, Jo-anne; CYR, Katie. **Victims' perspectives on restorative justice: how much involvement are victims looking for?**. *International Review of Victimology*, vol. 3, p. 271, 2004.

<sup>131</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. **Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 145-190, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.215>. p. 152.

fenômeno vitimização secundária, como visto anteriormente. A segunda é a da sociedade que além de observar o rompimento de suas normas, se vê afetada pelas consequências psico-sociais de impotência, ressentimento e insegurança, que derivam da conduta ilícita. E por fim temos a esfera do infrator, que além de temer a aplicação de uma sanção punitiva, sofre pelo remorso, vergonha, culpa de sua conduta.<sup>132</sup>

Logo, um adequado sistema de reação a infração penal deve tentar conciliar e harmonizar os antagonismos que surgem a partir da nocividade da conduta, utilizando-se dos mais diversos meios para complementar o sistema penal clássico. Ou seja, não se trata de uma substituição do sistema penal, mas em certos casos, buscar métodos processuais que tendam a favorecer a aplicação ou não da pena. O que pretende se assumir é que por essas vias alternativas e subsidiárias se consiga alcançar os fins próprios do Direito Penal. Para que com isso, a pacificação social pode ser alcançada.<sup>133</sup>

### III. 3. A vítima e a reparação da infração penal

A atual configuração da reparação da infração penal surge historicamente como uma reação frente a crise dos modelos retributivos, dissuasórios e de emenda; e é caracterizada por apresentar traços diferentes e variados, devido ao influxo ideológico de diversas correntes de pensamento, como por exemplo os postulados abolicionistas, as diretrizes da vitimologia surgidas no século XX, dentre outras.<sup>134</sup>

Com a constituição e sustentação dessas ideias foi possível compreender que a reparação do dano pela infração penal a vítima, não se funda em algo estranho ao Direito Penal, pelo contrário. Isso porque, a reparação pode servir como atenuante da pena, condição para decretar-se a suspensão da pena, substituição da pena, causa de

---

<sup>132</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. **Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 145-190, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.215>. p. 152.

<sup>133</sup> Ibidem. p. 153.

<sup>134</sup> Ibidem. p. 154.

diminuição da pena, dentre outras funções. Ou seja, se trata de uma terceira via, que é alternativa e complementar das penas e medidas de segurança.<sup>135</sup>

Como visto, a reparação entre a vítima e o autor da infração penal ganhou reconhecimento amplo, visto suas supostas vantagens para a sociedade, infrator, Estado e as vítimas, além de considerar as diversas dimensões do dano que é causado. Nesse prisma, o que as diferencia da indenização da reparação civil é que a reparação penal não se esgota seu conteúdo nela mesma.<sup>136</sup>

Com isso, apesar de uma de suas possíveis prestações venham a ter valor pecuniário, a determinação jurídico-penal de sua estrutura, assim como a voluntariedade de sua execução fazem com que a reparação penal estenda seus efeitos para além dela, e possua uma diversidade de prestações.<sup>137</sup> Primeiramente, temos a “restituição”, que seria o reestabelecimento, na medida do possível, da situação originária que se encontrava a vítima antes do ilícito; em segundo lugar, a “indenização”, que seria o pagamento dos prejuízos materiais e morais que foram consequência da infração penal; em terceiro, a “satisfação”, isto é, a verificação de uma série de condutas do infrator que podem ser desde desculpas públicas, que reestabeleçam a honra, dignidade e direitos da vítima, até a realização de obras ou trabalhos que se dirigem em benefício da sociedade, Estado e da vítima; por último, “as garantias de não repetição”, ou seja, uma série de medidas de prevenção, que se procedem de acordo com o ato ilícito, para que suas consequências não sejam mitigadas e voltem a se reiterar.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> Ibidem

<sup>136</sup> Ibidem. p. 155.

<sup>137</sup> HUBER, Bárbara. **Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido comunitario)**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. XLVII (1994), p. 170 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. **Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 145-190, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.215>. p. 155.

<sup>138</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 67 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. **Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 145-190, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.215>. p. 155.

Assim, a reparação penal seria plástica e adaptável frente aos efeitos lesivos da infração penal, visto que considera a atividade humana como vasta e contingente, estando também delimitada por deveres de cuidado bem definidos. A reparação não deve se focar apenas nos danos materiais e imateriais sofridos pela vítima, mas também os danos ideais e simbólicos sofridos pela sociedade.<sup>139</sup>

Por óbvio, não é toda infração penal que é suscetível de reparação, como por exemplo os homicídios e crimes violentos, bem como há infrações penais sem a existência de uma vítima em concreto, mas até nesses casos a reparação penal igualmente opera. No primeiro caso como uma possível atenuante ou causa de diminuição da pena, no segundo, por meio de prestações para a sociedade, que simbolicamente reestabeleceria a quebra do ordenamento jurídico pela conduta ilícita.

#### III. 4. O protagonismo da reparação penal

Diante do exposto, é possível notar que a reparação penal ganha certo protagonismo nos novos ensaios dos sistemas penais clássicos tanto na dosimetria da pena, na sua execução, e também, na substituição dela. Com isso em pauta, a questão é entender quais serão os mecanismos por meio dos quais, material e processualmente falando, a reparação penal poderá ganhar cada vez maior protagonismo.<sup>140</sup>

Deve se assumir que a redefinição do sistema penal clássico, passa por, primeiramente, considerar a infração um conflito pluridimensional, que envolve a vítima, a sociedade, Estado e autor. Por conseguinte, o consenso, o acordo, a composição, dentre diversos outros mecanismos de reparação podem ganhar reconhecimento e protagonismo. Temos que através da utilização desses métodos, haveria uma flexibilização, instrumentalização, informalização do processo penal, com o impulsionamento da participação mais ativa dos envolvidos na infração penal. No entanto, vale destacar o já dito, que é necessário sempre utilizar tais métodos, de modo

---

<sup>139</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 156.

<sup>140</sup> Ibidem. p. 157.



que, não haja uma desconfiguração do Direito Penal como um todo, bem como deve ser observado os princípios básicos do Estado Democrático de Direito.<sup>141</sup>

Esse paradigma da reparação penal e da justiça “restaurativa” surge como uma resposta à excessiva burocratização e rigidez do Direito Penal e Processual Penal, na década de 80 no século XX. Ademais, fundado em um sistema repressivo e pouco participativo, não há o reconhecimento da vítima e do infrator como relevantes para a solução do conflito penal, estando seus olhos pautados apenas para a sociedade ou o Estado, vide a origem do direito de punir trabalhada no capítulo I.<sup>142</sup>

Logo, por assumir uma matriz mais dialogante, participativa, conciliadora e flexível, tais paradigmas alcançaram reconhecimento de diversos organismos internacionais e internamente em alguns ordenamentos jurídicos. Como exemplo do primeiro caso, pode-se citar, a Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985; o VII Congresso sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, celebrado em Milan, Itália, de 26 agosto a 6 de setembro de 1985; a Resolução 60/147 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 2005; a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012; e em destaque, a Resolução 12/2002 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que reconheceu os princípios básicos da justiça restauradora em matéria penal:<sup>143</sup>

“I- Terminologia

(...) 2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles). 3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas

---

<sup>141</sup> Ibidem. p. 158.

<sup>142</sup> Ibidem. p. 158.

<sup>143</sup> Ibidem

e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.”<sup>144</sup>

Dentro da justiça restaurativa é possível incluir o uso da mediação, conciliação, celebração de conversas, meios já amplamente utilizados no Direito Processual Civil brasileiro, desde a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Ou seja, o uso de novos e outros métodos que logrem um resultado adequado pela infração penal e a busca da pacificação social.<sup>145</sup>

### III. 5. A inserção da vítima de uma infração penal no Direito Penal e Processual Penal brasileiro

O sistema penal brasileiro sempre foi, e ainda é, tímido em relação à preocupação com a vítima; há essencialmente um foco na figura do infrator e da sociedade representada pelo Estado.

No entanto, essa postura está se alterando gradativamente; como exemplo podemos citar o acordo de não persecução penal, instituído pelo Pacote Anticrime (Lei n 13.964, de 24 de dezembro de 2019) e previsto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, que transformou o conteúdo do artigo 18 da Resolução 181 CNMP em lei. Trata-se de um negócio jurídico de natureza extrajudicial, celebrado entre o Ministério Público e o autor da infração penal e homologado pelo juízo, esse que não deve se imiscuir no mérito do acordo, devendo apenas verificar a regularidade, a legalidade e a voluntariedade. Por meio desse acordo, o infrator confessa e aceita o cumprimento de condições não privativas de liberdade (p.ex. prestações pecuniárias e prestação de serviços à comunidade). Em contraprestação o Ministério Público se compromete a não oferecer denúncia. Após o cumprimento efetivo das condições impostas, dar-se-á o arquivamento do inquérito policial.

---

<sup>144</sup> ECOSOC - Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas. **Resolução 12, de 24 de julho de 2002. Estabelece princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal.** Disponível em: <https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2002/resolution-2002-12.pdf>. Acesso em: 02/07/2020.

<sup>145</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 159.

“Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do [art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#); [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do [art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)<sup>146</sup>

Ademais, temos a nova sistemática de arquivamento do inquérito policial instituída pelo Pacote Anticrime (Lei n 13.964, de 24 de dezembro de 2019), e previsto no artigo 28, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal, em que a vítima é intimada do

<sup>146</sup> BRASIL. Decreto-Lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 de out de 1941 e ratificado em 24 de out de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 03 de julho de 2020.

pedido de arquivamento, podendo se manifestar sobre esse fato, até apresentando para o órgão de revisão do arquivamento as razões pelas quais o inquérito não merece ser arquivado, sendo um reflexo do direito de petição.

“Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. [\(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)”<sup>147</sup>

É possível observar essa alteração de postura em institutos mais antigos e consolidados, como o arrependimento posterior que é causa obrigatória de diminuição da pena, prevista no artigo 16 do Código Penal e admitida nos crimes sem violência ou grave ameaça a pessoa, que se verifica quando o agente, voluntariamente, repara o dano ou restitui a coisa até o recebimento da denúncia ou queixa. Ou seja, embora se preocupe com o infrator, a vítima tem seu dano reparado ou restituída a coisa, havendo certa preocupação com a mesma.

“**Arrependimento posterior** [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)”<sup>148</sup>

Como outro exemplo de instituto normativo já consolidado temos as medidas cautelares de natureza patrimonial relacionadas à reparação do dano. O art. 91, I, CP

<sup>147</sup> BRASIL. Decreto-Lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 de out de 1941 e ratificado em 24 de out de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 03 de julho de 2020.

<sup>148</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 03 de julho de 2020.

prevê que, quando a pessoa é condenada, fica certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

“Art. 91 - São efeitos da condenação: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)<sup>149</sup>

É possível citar, ainda, o princípio da insignificância, criação doutrinária e jurisprudencial, que pressupõem que o Direito Penal não deve se preocupar com condutas mínimas, incapazes de lesar ou colocar em perigo bem jurídico penalmente tutelado, sendo caracterizado como uma causa supralegal de exclusão da tipicidade. Ocorre que a aplicação desse instituto depende de requisitos objetivos e subjetivos. Os objetivos são a mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica. Já os subjetivos são ligados ao agente e a vítima, aqui há a inserção da vítima, isto pois, é necessário analisar as condições da vítima pela extensão do dano moral ou material a ela causado, bem como o valor sentimental/afetivo do bem.

Por fim, temos, ainda, a legitimidade para requerer a decretação das medidas cautelares na fase processual, como consta expresso no art. 268, CPP<sup>150</sup>. A vítima, ou em caso de morte, seus sucessores, podem se habilitar como assistentes e ter legitimidade para requerer medidas cautelares pessoais, e também, para recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de habeas corpus. Houve o *overruling* da Súmula 208 do STF<sup>151</sup> a partir da nova redação do artigo dada pela Lei 12.403/11.

<sup>149</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 25 de setembro de 2020.

<sup>150</sup> Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.

<sup>151</sup> Súmula 208 – STF - O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de *habeas corpus*.

Pelo exposto, observa-se exemplos da crescente inserção da vítima, ainda que tímida e muitas vezes utilizada para benefício do infrator, no Direito Penal e Processual pátrio, bem como nos ordenamentos jurídicos não nacionais.

Fato é que ainda estamos longe de uma justiça restaurativa estruturada e concreta, como exemplo à inserção da vítima no Direito Penal e resolução dos conflitos penais. No entanto, observa-se uma tendência a sua inserção com base nos institutos expostos e legislações positivadas recentemente, o que de certa forma, já mostra um esboço de uma possível mudança.

Todavia, como já criticado, as teorias clássicas da pena, em pouco se preocupam com as vítimas das infrações penais. Nesse cenário, numa tentativa de conciliar os novos anseios do sistema penal,<sup>152</sup> há o início de uma intensificação e maior prestígio de vertentes das teorias expressivas da pena, que serão tratadas no próximo capítulo.

---

<sup>152</sup> Como exposto no primeiro capítulo, não é uma evolução linear e contínua, mas sim tortuosa, com idas e vindas, onde, atualmente, nos encontramos nessa fase de inserção da vítima, principalmente, no ordenamento jurídico brasileiro.

## IV – TEORIAS EXPRESSIVAS DE PENA

### IV. 1. Introdução ao expressivismo

Apesar de o expressivismo ser recente no debate teórico e penal, a noção de que o ato punitivo possui uma função expressiva não é inédita, visto que é possível observar referências ao aspecto expressivo da pena em obras do século XIX. O inglês James Fitzjames e o francês Émile Durkheim são autores associados ao tema, bem como Alfred Cyril Ewing no início do século XX.<sup>153</sup>

James Fitzjames propôs que a pena seria imposta para prevenir infrações penais, bem como expressar os sentimentos oriundos da prática do ato ilícito, haveria um estreito vínculo entre o direito penal e os sentimentos morais. O ato punitivo, portanto, seria o modo do direito penal expressar e confirmar o sentimento de repúdio instigado ao infrator diante da conduta ilícita.<sup>154</sup>

Émile Durkheim, por sua vez, formulou que a pena seria uma “notação” expressiva do sentimento advindo da infração penal. A pena preservaria a coesão do corpo social ao sustentar a totalidade de crenças e sentimentos comuns dos membros – consciência coletiva – e compensar o mal advindo do ato ilícito. Isso porque, haveria uma ideia de que os sentimentos da coletividade restariam intactos, e a comunhão dos membros, ao compartilhar seus valores, permaneceria absoluta após a aplicação da pena.<sup>155</sup>

Alfred Cyril Ewing aduziu que a pena seria uma forma de linguagem, essa que possuiria como objetivo representar um juízo de reprovação moral. Sobre o agente

---

<sup>153</sup> NETO, Silvio Leite Guimarães. Uma teoria da pena baseada na vítima – **A busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Portugal, Lisboa, 2018. p.47.

<sup>154</sup> STEPHEN, James Fitzjames. **A General View of the Criminal Law of England**. Londres: Macmillan and Co., 1863, p. 98 e 99; STEPHEN, James Fitzjames. **A History of the Criminal Law of England**. Londres: Macmillan and Co., 1863, p. 81 a 83. apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 47.

<sup>155</sup> DURKHEIM, Émile. **L'Éducation Morale (1902)**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1934, p. 123; DURKHEIM, Emile. **De la Division du Travail Social (1893)**. Paris: Les Presses universitaires de France, 1967, pg. 81 e 104 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 48.



recairia um significado e uma função moral, visto que simbolizaria o mal relativo à infração penal, bem como expressaria a condenação da sociedade diante tal conduta. Ou seja, a pena seria o modo como o corpo social impressionaria e conscientizaria o autor da infração sobre sua conduta errônea. Todavia, esse aspecto moral seria, também, irradiado a toda coletividade, pois traria uma educação moral aos que possuam impulsos para cometer atos ilícitos.<sup>156</sup>

Apesar dessas menções, o marco inicial do debate contemporâneo sobre o aspecto expressivo da pena são os escritos de Joel Feinberg baseado em uma crítica às formulações teóricas mais relevantes sobre o assunto, tais como o conceito de “pena” formulado por Anthony Flew e adotado por Stanley Benn e Herbert Lionel Adolphus Hart. Tal definição era decomposta em cinco premissas: primeira, deve envolver dor e consequências normalmente consideradas desagradáveis; segunda, deve ser aplicada em virtude de uma violação de normas legais; terceira, deve ser imposta a um efetivo ou suposto infrator; quarta, deve ser intencionalmente aplicada por pessoas externas, e não o próprio infrator; quinta, deve ser imposta e aplicada por autoridade com poder constituído pelo ordenamento jurídico, o qual foi violado diante da conduta ilícita.<sup>157 158</sup>

Como dito por Feinberg:

“A pena é um dispositivo convencional para a expressão de atitudes de ressentimento ou indignação, e de juízos de desaprovação e reprovação, seja por parte da autoridade que castiga ou daqueles “em cujo nome” se inflige o castigo.”<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> EWING, Alfred Cyril. **A Study of Punishment II: Punishment as Viewed by the Philosopher**. In Canadian Bar Review, Vol. 21, 1943, p. 116; EWING, Alfred Cyril. **The Morality of Punishment: With Some Suggestions for a General Theory of Ethics**. Londres: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1929, p. 84; EWING, Alfred Cyril. **Punishment as a Moral Agency: An Attempt to Reconcile the Retributive and Utilitarian View**. In Mind. Vol. 36, Nº. 143, 1927, p. 297 e 298 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 48.

<sup>157</sup> NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 49.

<sup>158</sup> FLEW, Anthony. **The Justification of Punishment**. In Philosophy. Vol. 29, Nº. 111, 1954, p. 291 a 307; BENN, Stanley. **An Approach to the Problems of Law**. In Philosophy. Vol. 33, Nº. 127, 1958, p. 325 a 341; HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment**. In Proceedings of the Aristotelian Society, Vol. 60, 1959-1960, p. 1 a 26.

<sup>159</sup> FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**. The Monist, vol. 49, nº 3, 1965. p. 400.

A partir dessas palavras e com influências de Flew, Benn e Hart, já expostas, Feinberg contribuiu para dar base a ideia de que a pena compreende dois elementos que devem ser claramente diferenciados: de um lado a reprovação, ou seja, a reprovação simbólica que o autor da infração penal recebe em relação a sua conduta; e do outro a inflição de um mal ou outra circunstância que coloque o destinatário da pena em posição desagradável.<sup>160</sup>

A expressividade serviria também para derivar outras funções, tais como o repúdio das autoridades, a não anuência, o atuar da lei e absolvição dos demais indivíduos tidos como suspeitos.<sup>161</sup>

Por conseguinte, houve uma proliferação de autores anglo-saxões e europeus interessados no tema, com o objetivo de estabelecer critérios do caráter simbólico, expressivo da pena.<sup>162</sup>

#### IV. 2. Distinção das teorias expressivas da pena das teorias clássicas absolutas e relativas

Suas peculiaridades e características serão desenvolvidas ao longo do capítulo, no entanto, para introdução ao assunto, é válido pontuar que há distinção oriunda dos aspectos do ato punitivo, ou seja, a condenação simbólica e expressiva aliado ao tratamento rígido distinguiriam a função expressiva da pena de outras baseada no retributivismo. Isso porque, diferentemente do retributivismo, a justiça não seria alcançada perante uma proporcionalidade entre o mal cometido e a pena imposta, mas sim por adequação entre o aspecto condenatório do ato punitivo e a conduta ilícita incorrida. As convenções sociais trariam a correlação entre o grau de reprovabilidade, efetivamente equiparado a infração penal, e a intensidade do tratamento rígido, que é somente veículo simbólico da condenação.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 160.

<sup>161</sup> FEINBERG, Joel. op. cit. p. 397 a 423 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 50.

<sup>162</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 160.

<sup>163</sup> FEINBERG, Joel. op. cit. p. 397 a 423 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 51.

Ou seja, é válido pontuar que as teorias expressivas pretendem buscar uma justificação da pena como alternativa as teorias absolutas. Segundamente, as teorias expressivas da pena não são neo-retributivas, mas sim novidades, alternativas e apresentam profundas diferenças quanto as teorias absolutas clássicas de Kant e Hegel. Ademais, a maioria das teorias expressivas da pena não possuem uma estrutura deontológica, mas sim consequencialista, e pelo contrário do que se crê no senso comum, o utilitarismo não é a única vertente do consequencialismo. Assim, é possível assumir uma fundamentação preventiva, retributiva ou mista da pena baseado em um consequencialismo.<sup>164</sup>

Somado ao disposto acima, as teorias expressivas da pena partem da mesma base das teorias preventivas, a qual a pena se funda em interesses legítimos das pessoas. No entanto, não visam a prevenção geral ou especial, mas sim possuem duas vertentes distintas: a primeira postula que a mensagem de reprovação punitiva se comunica com a vigência da norma violentada pela infração; e a segunda afirmam que a mensagem de reprovação se dirige a fim de incidir e se comunicar com as pessoas afetadas pelo delito, ou seja, o infrator, a vítima, Estado e a sociedade.<sup>165</sup>

#### IV. 3. As teorias expressivas de pena

O debate teórico-penal foi protagonizado pelas tradições consequencialistas e deontológicas.<sup>166</sup> As teorias alinhadas a primeira tradição são focadas no viés prospectivo dos efeitos da pena, visto que a punição do infrator é fundamentada na prevenção criminal proporcionada pela sanção.<sup>167</sup> Já as teorias alinhadas com a segunda tradição

<sup>164</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 160.

<sup>165</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 162; HÖRNLE, Tatjana. **Teorías de la pena**. Trad. Nuria Pastor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 33 e ss.

<sup>166</sup> DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**. In Crime and Justice, Vol. 20, 1996. p. 4 a 9; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment**. In Crime and Justice, Vol. 16, 1992. p. 57 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 51.

<sup>167</sup> HONDERICH, Ted. **Punishment: The Supposed Justification**. Londres: Pluto Press, 2006, p. 74 a 76; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**. op. cit. p. 4 a 9; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment**. op. cit. p. 57 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 51.

são focadas no aspecto moral da pena, tendo, portanto, um viés retrospectivo, pois fundamentam a pena como resposta intrínseca a infração penal já cometida.<sup>168</sup>

No entanto, como visto, tais ideais perderam força diante de uma nova sociedade civil com expectativas e aspirações de ingerência na atividade estatal. A comunicação foi o fator que viabilizou o aumento da participação do corpo social na política, pois possibilitou a organização e integração dos componentes da sociedade, bem como a interlocução com o Estado. Nota-se que o estabelecimento de uma comunicação é antecedido pelo tratamento e consideração dos integrantes da sociedade como pessoas moralmente capazes e responsáveis pela própria conduta. Ou seja, os indivíduos são agentes comunicativos, isto é, pessoas capazes e obrigadas a responder pelos próprios atos e contempladas com o direito de demandar do Estado justificações.<sup>169</sup>

O status de agente comunicativo proporciona uma nova forma de perceber os sujeitos da infração penal e da conduta criminosa.<sup>170</sup> O ilícito é tido como uma interação de pessoas autônomas e morais.<sup>171</sup> O infrator é entendido como moralmente capaz e que deve ser responsável pelo crime cometido.<sup>172</sup> A vítima é tratada como um sujeito moralmente relevante, cuja autonomia e integridade foram infringidas e merece ter

---

<sup>168</sup> HONDERICH, Ted. **Punishment: The Supposed Justification**. op. cit. p. 17 a 23; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**. op. cit. p. 6 e 7; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment**. op. cit. p. 57 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 51.

<sup>169</sup> GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. In SIMESTER, Andrew P. DU BOIS-PEDAIN, Antje. NEUMANN, Ulfrid. (Ed.). *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2014. p. 124 a 126 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 54.

<sup>170</sup> GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. op. cit. p. 124 a 126 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 54.

<sup>171</sup> GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. op. cit. p. 125; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**. Clarendon Press: Oxford, 1993, p. 9 e 10; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**. In VON HIRSCH, Andreas. NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt. (Ed.) *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011. p. 50 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 54.

<sup>172</sup> GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. op. cit. p. 124 e 125; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**. op. cit. p. 9 e 10; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**. op. cit. p. 50; VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2014. p. 18; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**. op. cit. p. 31 e 32 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 54.

interesses e necessidades reconhecidos diante das consequências do ilícito.<sup>173</sup> Além disso, a sociedade passa a ser percebida sob uma nova ótica, pois é tida como um ente composto por agentes autônomos e moralmente capazes de compreender a mensagem da “censura” expressa pela punição do infrator e seguir o apelo de evitar novas empreitadas criminosas.<sup>174</sup>

O fato de os componentes do corpo social serem caracterizados como agentes comunicativos proporciona uma mudança na forma de perceber o ato punitivo.<sup>175</sup> A pena deixa de ser um instrumento da agenda política preventivo-criminal e é compreendida como uma reação proporcional ao crime, com a finalidade de expressar, perante o infrator, a vítima e sociedade, a censura que recai sobre a conduta prescrita.<sup>176</sup>

A censura expressa pela punição do infrator reconhece o status moral da vítima e manifesta a indignação do corpo social perante o ilícito.<sup>177</sup>

---

<sup>173</sup> GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. op. cit. p. 124; GARLAND, David. **The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 11 e 12; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**. op. cit. p. 31 e 32; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**. op. cit. p. 10; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**. op. cit. p. 50 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 54.

<sup>174</sup> GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. op. cit. p. 124; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**. op. cit. p. 10 e 11 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 55.

<sup>175</sup> GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. op. cit. p. 126; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**. op. cit. p. 10 e 11 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 55.

<sup>176</sup> GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. op. cit. p. 124 e 125; SIMESTER, Andrew. VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**. op. cit. p. 11 e 12; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**. op. cit. p. 31 e 32; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**. op. cit. p. 9 e 10; VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the Philosophy of Punishment**. op. cit. p. 66 e 67; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**. op. cit. p. 404 a 407; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**. op. cit. p.49 e 50 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 55.

<sup>177</sup> GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. op. cit. p. 124 e 125; DUFF, Antony. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**. op. cit. p. 31 e 32; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**. op. cit. p. 10; FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**. op. cit. p. 404 a 407 e 423; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**. op. cit. p. 50 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 56.

A propagação dessa perspectiva por meio do artigo de Joel Feinberg foi uma reviravolta e serviu de referência para as formulações que propuseram uma fundamentação expressiva para a pena.<sup>178</sup> No entanto, embora surgidas nos anos sessenta, as teorias expressivas permaneceram restritas ao mundo jurídico anglófono até a última década do século XX, sendo tão somente inseridas no cenário europeu a partir de trabalhos de dois juristas alemães Andreas von Hirsch e Tatjana Hörnle.<sup>179</sup> Apesar de ainda possuírem repercussão limitada, partir dessa inserção pode ser observado posições céticas ou receptivas a respeito das teorias expressivas em países como a Espanha, Portugal, Argentina, Brasil, Chile e Colômbia.<sup>180</sup>

#### IV. 3. 1. Teorias expressivas orientadas a norma

Essa vertente assume como objetivo da pena velar pela vigência da norma por trás da infração. O ilícito não só produz efeitos danosos aos interesses individuais e coletivos afetados, mas também lesionam o ordenamento jurídico que é parte formadora da realidade do corpo social. Logo, a pena deve ser uma reação a tais transgressões mostrando um significado de contradição, para reafirmar sua vigência e força, de modo que haja um reestabelecimento do status quo anterior a infração.<sup>181</sup> Se assemelha muito com as proposições de Hegel, de certo modo.

Jakobs reafirma tal ideia ao afirmar que o objetivo do Direito Penal é a preservação da sociedade, razão pela qual, toda sua estrutura se ergue em um sistema de comunicação que possui como finalidade a estabilização das expectativas normativas por intermédio das sanções.<sup>182</sup> A finalidade da pena não seria evitar o infrator do cometimento de novas infrações, muito menos que nunca tome ações ilícitas, mas unicamente reforçar a vigência e a força da norma posta em tela.<sup>183</sup>

<sup>178</sup> NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 56.

<sup>179</sup> Ibidem

<sup>180</sup> Ibidem. p. 57 e 58.

<sup>181</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 162.

<sup>182</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. 2ª edición. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 10 e ss apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 163.

<sup>183</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 163

O estudioso alemão afirma que a relação entre a infração e a pena não seria causal, nem consequencialista, mas se estabeleceria de um plano simbólico, em que os comportamentos seriam medidos por seu sentido expressado na aplicação da norma. No entanto, há a necessidade de expressar uma reprovação jurídica, uma circunstância desagradável, no mínimo, frente a conduta ilícita; e não uma simples mensagem simbólica.<sup>184</sup>

Somado a essa vertente teórica expressiva, o estudioso escocês Antony Duff, afirma que se deve partir de uma visão do Direito Penal não como proibicionista, mas sim como declarador dos valores vigentes em uma sociedade. Ou seja, o *jus puniendi* estatal se dirigiria aos cidadãos com fim de expressar quais são os seus próprios valores como sujeitos normativos racionais, e a partir disso conseguir uma abstenção de certas condutas.<sup>185</sup>

No entanto, o próprio Duff entende ser imprudente sustentar apenas um único propósito da função da pena do Direito Penal. Assim, é mais razoável superar o déficit monista, para isso a resposta à infração deveria pressupor sempre um sujeito racional e responsável atuante contra o Direito. Com essa premissa estabilizada, surgiria a necessidade de identificar quais as condições que facultaria alguns cidadãos, em nome e representados pelo corpo social, enquadrar o infrator como sujeito normativo responsável. A pena, propriedade mais aguda e marcante do Direito Penal, por conseguinte, seria um ato de comunicação moral e simbólica, tratando o infrator como um igual, para que surgisse nele a compreensão, aceitação e arrependimento do ato ilícito. Não se trata de um processo unilateral, mas sim plurilateral entre agentes racionais e responsáveis.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> JAKOBS, Günther. **La pena estatal: significado y finalidad**. Trad. Manuel Cancio Meliá- Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, p. 135 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 164.

<sup>185</sup> DUFF, R.A. **Punishment, communication, and community**. Oxford- New York: Oxford University Press, 2001, p. 80 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 165.

<sup>186</sup> DUFF, Antony. **Responsibility, citizenship and criminal law**. Em: DUFF, R.A; GREEN, Stuart (editores), *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2011, p.

#### IV. 3. 2. Teorias expressivas orientadas a pessoa: Comunicação com o autor e a vítima

Como já dito, a pena implica numa imposição de um mal expreso através de uma situação desagradável (“hard treatment”), bem como uma reprovação institucionalizada, que tenta comunicar simbolicamente a desaprovação jurídico-social a conduta ilícita do infrator. Todos esses significados fáticos são dirigidos ao infrator, por óbvio, a vítima da infração, Estado e a sociedade.<sup>187</sup>

A respeito disso, são conhecidos as contribuições de Andrew Von Hirsch para essa vertente, segundo ele a premissa tida acima é quase que evidente, mas deve se atentar ao fato de que a capacidade de impor um mal ou uma circunstância desagradável parte de uma moralidade que considera as pessoas responsáveis por seus atos, de modo que, quem pratica a conduta ilícita deva suportar suas consequências.<sup>188</sup>

Somado a isso, aduz que o Direito Penal confere a censura um caráter peculiar, pois a diferencia de uma simples sanção cotidiana, o plano penal desse instituto anuncia, de antemão, que determinadas condutas serão punidas. Não é uma mera inflição empírica ou fática de um dano, mas sim uma reprovação razoável acerca de uma conduta indesejada; capaz de que o infrator e outros membros do corpo social sejam inibidos de realizá-la. Diante disso, há implicação de uma autêntica comunicação moral que se relaciona com as pessoas, que atuam orientadas do modo disposto na lei.<sup>189</sup>

---

125; DUFF, R.A. **Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?** Em: BRUDHOLM, Thomas; CUSHMAN, Thomas (editores). *The religious in responses to mass atrocity: interdisciplinary perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 83 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 166.

<sup>187</sup> BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 167.

<sup>188</sup> VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the philosophy of punishment: from “why punish?” to “how much?”**. *Israel Law Review*, vol. 25, nº 3-4, 1991. p. 561-562 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 167.

<sup>189</sup> VON HIRSCH, Andrew. **Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena**. En: ARROYO ZAPATERO, Luis e outros (coordenadores). *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 134; VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. **Proportionate Sentencing: Exploring the Principles**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 31 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op.cit. p. 168.



No entanto, tal teoria não pode ser tida como preventiva, pois somente se tem tal finalidade na censura, como bem pontua Von Hirsch:

“una respuesta condenatoria a una conducta lesiva puede expresarse en un modo puramente (o principalmente) simbólico; o bien, en un modo en el que la reprobación se exprese a través de la imposición del dolor. La sanción penal es una respuesta de este último tipo. Se la prefiere a la respuesta puramente simbólica por su papel complementario como desincentivo. La función preventiva funciona así solo dentro del marco de la censura”<sup>190</sup>

O penalista, ainda, afirma que o reconhecimento do papel central da reprovação individual contra o autor da infração fortalece a necessidade de racionalizar o *jus puniendi* através da culpabilidade, bem como do equilíbrio entre a gravidade da pena e o merecimento da circunstância desagradável e o postulado da proporcionalidade. Assim, as sanções estatais expressando censura e reprovação devem refletir o sofrimento que queira condenar de modo justo e proporcional.<sup>191</sup>

Diante dessa contribuição de Von Hirsch, diversos autores também aprofundaram seus postulados expressivos em relação a vítima e seu “redescobrimento” no Direito Penal. Klaus Gunther foi um deles, tal autor alemão assenta que o Direito Penal começa a ganhar novos contornos, e superar a “política penal preventiva”, ou seja, as teorias relativas da pena. Apesar que tal teoria tenha seus méritos, a vítima, no entanto, era tida como um sujeito inócuo, uma pessoa cujos interesses se encontravam submetidos ao interesse público, suportando os efeitos lesivos do ato ilícito sem qualquer tipo de amparo.<sup>192</sup>

Tal visão, no entanto, foi substancialmente alterada como aduz Gunther:

“hacer justicia en lugar de perseguir objetivos políticos con el castigo supone que el crimen se considera principalmente como una interacción

<sup>190</sup> VON HIRSCH, Andrew. **Censure and sanctions**. op. cit. p. 14.

<sup>191</sup> VON HIRSCH, Andrew. **Proportionality in the philosophy of punishment: from “why punish?” to “how much**. op. cit. p. 571 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 168.

<sup>192</sup> GÜNTHER, Klaus. **Criminal law, crime and punishment as communication**. op. cit. p. 2 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 170.

moral entre dos personas morales y autónomas: el delincuente como sujeto responsable, y la víctima como sujeto moral cuya autonomía e integridad es negada por el delincuente”<sup>193</sup>

Com isso, houve um giro comunicativo fundamental a favor do ofendido, qual seja, o reconhecimento de que a vítima é um agente moral, um sujeito racional e comunicativo; e assim como o infrator, merece ser tratado como possuidor de interesses e faculdades, ou seja, deve ela ser reintegrada ao direito penal, para que expresse a sua vontade. Esse giro não se trata somente dessa mudança de paradigma, mas também, porque a infração penal detém uma série de atos expressivos, uma sequência de atos linguísticos com significado expressivo que começam pela lei penal fundamentada nos valores sociais.<sup>194</sup>

É fato que tais conclusões estabelecidas por Gunther somente seriam cabidas em uma sistema democrático deliberativo, em que os princípios e normas jurídicas sejam assumidas não como um imperativo autorizante obrigatório impessoal, mas sim como uma expressão dos valores sociais, através da participação pública que considera os interesses individuais, e assume todo cidadão, vítima e infrator como “colegisladores” das lei que os rege. Logo, a cada vez que uma infração penal é cometida, há um fracasso das razões comunicativas da lei, negação e repúdio da vítima em sua condição de “colegislador”. As sanções, então, seriam um complexo comunicativo que há interação do infrator, vítima, Estado e sociedade.<sup>195</sup>

#### IV. 4. As formulações de Andrew Von Hirsch e Tatjana Hörnle

Pode-se dizer que a vertente das teorias expressivas da pena foram articulada de maneira completa por Andrew Von Hirsch e Tatjana Hörnle.<sup>196</sup> Tais teorias partem da

<sup>193</sup> GÜNTHER, Klaus. **Criminal law, crime and punishment as communication**. op. cit. p. 3.

<sup>194</sup> GÜNTHER, Klaus. **Responsabilità e pena nello stato di diritto**. Trad. Leonardo Ceppa. Torino: Trauben, 2010, p. 21 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 171.

<sup>195</sup> GÜNTHER, Klaus. **Responsabilità e pena nello stato di diritto**. op. cit. p. 21; GÜNTHER, Klaus. **Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor**. Em: AA.VV. Responsabilidade e pena no estado democrático de direito. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 33 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 171.

<sup>196</sup> TEXEIRA, Adriano – **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato**/ Adriano Teixeira. - 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 90.

premissa que a pena possui dois elementos fundamentais: a infligção de um mal físico ou circunstância desagradável, e a incorporação necessária de um juízo de desvalor e expreso, com a nomenclatura de censura.<sup>197</sup>

A censura do ato sancionatório é tida como um necessário fator de legitimação da pena, pois ela estabelece um vínculo de comunicação entre o autor, a vítima, Estado e a sociedade, ou seja, incorporando os afetados pela infração penal.<sup>198</sup>

#### IV. 4. 1. Andreas Von Hirsch

Para Von Hirsch, a censura da pena transmitiria a mensagem de que este está sendo reprovado por ter culpavelmente causado um relevante dano e, assim, ter agido de forma antijurídica. Com isso, ele seria tratado como um “agente moral”, autorresponsável, e não como mero objeto da persecução penal, pois a reprovação intrínseca na pena refere-se à sua conduta ilícita, e não a prevenção que ele possa eventualmente obter. Para a vítima, a mensagem reflexa da censura é de que ela não foi tão somente prejudicada, como por uma catástrofe natural, mas sim por uma conduta ilícita e culpável no ordenamento jurídico, atribuída a um terceiro, e condenada publicamente pelo Estado. Por fim, a censura da pena também se dirige aos demais membros do corpo social, aos quais a mensagem transmitida é a de que a conduta danosa ao bem jurídico penalmente relevante alheio é intensamente reprovada pela ordem jurídica e do qual todos devem se abster.<sup>199</sup> Ou seja, possui as características de sublinhar contrafaticamente a validade da norma<sup>200</sup>, ou captar os sentimentos de revolta e frustração da sociedade diante da “quebra” do ordenamento jurídico.<sup>201</sup>

Em suas formulações propõe que a teoria sobre o ato punitivo deve ser fundamentada no binômio censura e prevenção criminal. Adota-se uma postura crítica as

---

<sup>197</sup> TEXEIRA, Adriano. op. cit. p. 65.

<sup>198</sup> TEXEIRA, Adriano. op. cit. p. 66.

<sup>199</sup> Ibidem.

<sup>200</sup> JAKOBS, Gunther. **Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.** Studienausgabe. 2 ed. 1993. p. 31 a 33 apud TEXEIRA, Adriano. op. cit. p. 90.

<sup>201</sup> TEXEIRA, Adriano. op. cit.

teorias puristas, ou seja, puramente absolutas e relativas, visto que as aquelas recorrem a justificações metafóricas e obscuras, e estas restringem a aplicação dos princípios da culpabilidade e proporcionalidade na mensuração da pena, bem como tratam o agente como um ser incapaz de fazer reflexões morais.<sup>202</sup>

Ou seja, a censura penal seria um apelo público, já que emitiria uma valoração pública e oficial sobre uma determinada conduta, atribuindo um status negativo ao sujeito que a praticou. A censura teria uma função moral, pois a reação estatal traria a noção de que os sujeitos são responsáveis pelos próprios atos, sendo intentada aos sujeitos ativos e passivos da infração penal. Além disso, expressa o reconhecimento da vítima, pois atesta que ela não foi acometida por uma infelicidade, mas sim por uma conduta ilícita e culpável. Por fim, é uma fonte de comunicação moral com o infrator, pois proporciona uma mensagem crítico-normativa sobre a conduta incorrida, tratando o sujeito ativo e os cidadãos como agentes capazes de agir e refletir moralmente.<sup>203</sup>

A censura também reforçaria o princípio da culpabilidade, pois na ausência de culpa na conduta, não haveria a incidência da censura; reforça, ainda, o princípio da proporcionalidade, pois o rigor da pena seria reflexo ao grau de censura merecido pelo cometimento do ato ilícito.<sup>204</sup>

Sobre as formulações de Von Hirsch aduz Neto:

“A teoria de Andreas von Hirsch aborda o sujeito passivo, pois afirma que uma das funções da censura penal seria reconhecer que o indivíduo afetado por um crime tem o status de vítima. Trata-se de uma teoria que

---

<sup>202</sup> VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**. op. cit. p. 43 a 49; VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**. op. cit. p. 5 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 79.

<sup>203</sup> VON HIRSCH, Andreas. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation**. op. cit. p. 11 a 14; VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**. op. cit. p. 50 a 54; VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**. op. cit. p. 10 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 80.

<sup>204</sup> VON HIRSCH, Andreas. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung**. op. cit. p. 50 a 54 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 81.

se destaca entre as demais desse grupo, porém ainda mantém a vítima em uma condição de expectador.<sup>205</sup>

#### IV. 4. 2. Tatjana Hörnle

Para Tatjana Hörnle os interesses das vítimas são legítimos e constituem um elemento que nenhuma teoria da pena pode ignorar. A seu juízo, a característica expressiva da pena é fortemente reconhecida nas sociedades modernas, e supõem uma transmissão da desaprovação do corpo social frente a infração cometida. Não se trata de uma fórmula dissuasória para intentar o não cometimento do ato ilícito, mas sim reconhecer que o mal imposto deve ser expresso por uma censura, caracterizada como algo essencial em nossas atitudes interpessoais.<sup>206</sup>

Trata-se de uma perspectiva que defende a referência à vítima na teoria da pena. Isso porque, o indivíduo afetado pelo delito teria um interesse ou desinteresse legítimo na punição do infrator. Considera-se a possibilidade de incluir elementos que são inexplorados pelas teorias relativas e absolutas da pena, tal como emoções, afetos e desejos da vítima.<sup>207</sup>

Aduz Hörnle que a comunicação do ato ilícito não se dirige somente ao autor, mas também, a vítima da infração penal. Se a pena apenas perseguisse como finalidade uma declaração de culpabilidade da conduta do infrator, bastaria inequivocamente uma declaração pública, e tudo voltaria a normalidade. No entanto, não é assim que, normalmente a vítima enxerga o ideal de justiça. Logo, a imposição de um mal ou circunstância desagradável confirmaria que a vítima sofreu um injusto culpável, e que

<sup>205</sup> NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 94.

<sup>206</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Distribution of punishment: the role of a victim's perspective**. Buffalo Criminal Law Review, vol. 3, nº 1, 1999, p. 178 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 175.

<sup>207</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion**. In VON HIRSCH, Andreas. NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt. (Ed.). Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011. p. 24; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Strafrechtstheorie und im materiellen Strafrecht**. In Juristen Zeitung, nº 19, 2006. p. 952; HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Strafrechtstheorie**. In HILGERS, Thomas. KOCH, Gertrud. MÖLLERS, Christoph. MÜLLER-MALL, Sabine (Ed.). Affekt & Urteil. Paderborn: Wilhelm Fink Verlag, 2015. p. 148 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 106.

não foi atingida por um ato de azar, mas sim por um ato deliberado e consciente, que merece e necessita de pena.<sup>208</sup>

A demanda da vítima estaria intimamente interligada a infração penal cometida e sua personalidade, trazendo à tona o princípio da culpabilidade. No entanto, ainda, seria insuficiente para fundamentar a pena, tendo a mesma a necessidade de um fundamento normativo.<sup>209</sup>

O estabelecimento do interesse da vítima como critério normativo consagraria uma fundamentação parcial da pena. Com isso, as necessidades da sociedade e seus objetivos “coletivistas” seriam coadunados com os anseios e demandas do indivíduo afetado pela infração penal.<sup>210</sup>

Têm-se a crítica que fundamentar a punição com os interesses da vítima seria uma aceitação da vingança. Entretanto, o fato de o Estado ignorá-la pode ensejar eventuais atos de justiça privadas, visto que a reação estatal deveria encerrar o conflito e fazer entender que as medidas tomadas foram as necessárias. Ademais, há diferenças entre a vingança de sangue e a busca por satisfação, pois aquela seria a reação privada ao ilícito, como vista no capítulo I do presente texto, enquanto esta seria uma declaração vinculante emitida por uma jurisdição que reconhece o ilícito sofrido pela vítima não foi mero infortúnio. Ou seja, o fato de a pena incluir a vítima em sua fundamentação não implicaria no acolhimento por completo dos interesses fundados em sentimentos inadequados para o exercício de um *jus puniendi* emotivo e desproporcional<sup>211</sup>, como já

---

<sup>208</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Distribution of punishment: the role of a victim's perspective**. op. cit. p. 178 e 179 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 176.

<sup>209</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion**. op. cit. p. 26; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht**. op. cit. p. 952; HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**. op. cit. p. 151 e 152 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 108.

<sup>210</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion**. op. cit. p. 24 a 26; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht**. op. cit. p. 952 e 953; HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**. op. cit. p. 148 a 153 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 108.

<sup>211</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion**. op. cit. p. 24 a 26; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im**

visto, é necessário conciliá-los com a forma e o modo de governo; no caso brasileiro, ao Estado Democrático de Direito, ou seja, não se pode sobrepor aos princípios e normas que regem este.

A jurista alemã, ainda, aduz que um ponto relevante nas teorias da expressivas da pena consiste na inflicção de um mal ou circunstância desagradável ao infrator; e a ausência desse “hard treatment” em condutas graves seria contraditória, conflitaria com os interesses do sujeito passivo da infração penal, e comprometeria o significado expressivo da pena e a credibilidade da condenação. Com isso, a ausência de um ônus tangível seria possível somente na punição de indivíduos que incorreram em condutas leves. Ou seja, leva-se em conta a proporcionalidade e culpabilidade na aplicação da pena.<sup>212</sup>

É fato que tal condenação não implica no estabelecimento de penas mais severas, pois não há relação direta entre o reconhecimento da legítima demanda satisfatória da vítima e penas desproporcionais, como observado no capítulo III. A declaração estatal de uma condenação penal constitui um direito dos vitimados pelas infrações penais. A satisfação da pretensão da vítima compensaria a abdicação da vingança privada e por ter reduzida participação no processo penal.<sup>213</sup>

A fundamentação da pena consideraria os anseios da vítima, no entanto, não seria possível atrelar o *quantum* sancionatório a peculiaridades individuais. Até porque, a despersonalização e formalização do processo penal foi um avanço civilizatório; deve ser observado um parâmetro objetivo, questionando-se como uma alguém racional (“homem

---

**materiellen Strafrecht.** op. cit., p. 952 a 955; HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.** op. cit. p. 148 a 156; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.** op. cit. p. 39 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 108 a 110.

<sup>212</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.** op. cit. p. 27 e 28; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.** op. cit. p. 956; HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.** op. cit. p. 157; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.** op. cit. p. 39 a 43 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 110 e 111.

<sup>213</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.** op. cit. p. 27 e 28; HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.** op. cit. p. 956; HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie.** op. cit. p. 157 e 158; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien.** op. cit. p. 39 a 43 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 111.

médio”) reagiria a tal conduta.<sup>214</sup> Por óbvio, o processo penal não deve servir como uma ferramenta de suporte emocional e psicológico da vítima.<sup>215</sup>

Apesar disso, a reconsideração e reestabelecimento de uma perspectiva da vítima serviria para atestar uma relação apropriada entre a seriedade do crime e a intensidade do ato punitivo. Essa abordagem forneceria parâmetros mais precisos para valorar a pena de acordo com as circunstâncias e lesões oriundas da infração penal.<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**. op. cit. p. 157 e 158; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**. op. cit. p. 39 a 43; HÖRNLE, Tatjana. **Distribution of Punishment: The Role of a Victim's Perspective**. op. cit. p. 175 a 177 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 111 e 112.

<sup>215</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Distribution of punishment: the role of a victim's perspective**. op. cit. p. 178 e 179 apud BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. op. cit. p. 175.

<sup>216</sup> HÖRNLE, Tatjana. **Expressive Straftheorie**. op. cit. p. 157 e 158; HÖRNLE, Tatjana. **Straftheorien**. op. cit. p. 39 a 43; HÖRNLE, Tatjana. **Distribution of Punishment: The Role of a Victim's Perspective**. op. cit. p. 175 a 177 apud NETO, Silvio Leite Guimarães. op. cit. p. 111 e 112.



## CONCLUSÃO

Diante do exposto, entende-se que a infração penal é um ato ilícito plurilateral, que afeta a vítima, o infrator, a sociedade e o Estado. No entanto, na história recente do Direito Penal, e no processo tortuoso de evolução dessa matéria, de um modo geral, a vítima teve um papel de influência reduzido.

Como visto no capítulo III, no atual cenário jurídico, uma espécie de “sobrevida” da vítima no Direito Penal pode ser observada, de modo que, suas demandas sejam ouvidas, e ela seja entendida como um agente capaz e moral. É necessário, assim, construir um diálogo entre todas as partes afetadas pela infração penal, sendo o monopólio estatal absoluto do direito de punir questionável.

Por óbvio, as teorias da pena acabam por encampar as ideias, concepções, correntes científicas que as envolvem, ou seja, as circunstâncias em que cada uma é concebida e exteriorizada influem em seu conteúdo. Logo, a partir dessa inocuidade da vítima no Direito Penal, em grande parte da história da matéria, as teorias da pena, de um modo geral, puseram a vítima em um papel secundário.

Como modo de atender os recentes anseios vitimológicos, o campo das teorias da pena, novamente, é impactado e, possivelmente, reestruturado. Com isso, foi possível observar que algumas vertentes das teorias expressivas da pena conseguem, de certo modo, atender as circunstâncias atuais, em especial as concebidas por Von Hirsch e Tatjana Hörnle.

É claro que ambas teorias, não obstante serem formuladas num cenário diferente das clássicas teorias relativas e absolutas da pena, acabam por introduzir em seu conteúdo ideias e formulações das mesmas. Isso porque, a influência de tais teorias no mundo moderno é inegável, sendo difícil se afastar completamente delas. Assim, as teorias expressivas da pena acabam não trazendo em seus conteúdos novidades extremas, apenas enxergam o Direito Penal e o campo das teorias da pena de outra

forma. Ou seja, partem de premissas diversas, mas, em muitos casos, o fim que se alcança é bem semelhante. Desse modo, podem ser vistas, facilmente, como teorias ecléticas, como a encampada pelo Código Penal Brasileiro no artigo 59 <sup>217</sup>.

Por fim, vemos que ainda há um longo caminho a ser trilhado tanto pela reinserção da vítima no Direito Penal, com institutos materiais e processuais que possam atender suas demandas, por óbvio, sem desnaturalizar o Estado Democrático de Direito. Ademais, há diante dessa reinserção, um terreno vasto e fértil para produção acadêmica de novas premissas e teorias que pretenderão fundamentar uma das facetas mais interessantes do Direito, a pena.

---

<sup>217</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

AMARAL, Thiago Bottino do. **Ponderação de normas em matéria penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **O Proclamado e o Escondido: a violência da neutralidade técnica**. In: **Discursos Sediciosos**, v.3. Instituto Carioca de Criminologia, 1997.

BECCARIA, Cesare. Bonesana, Marches di, 1638-1794 – **Dos delitos e das penas** / Cesare Beccaria; tradução Torrieri Guimarães – São Paulo: Martin Claret, 2014.

BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. **Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 145-190, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.215>.

BENN, Stanley. **An Approach to the Problems of Law**. In **Philosophy**. Vol. 33, Nº. 127, 1958.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral, volume 1**. 22ª edição, Campinas: Bookseller, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 de out de 1941 e ratificado em 24 de out de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 03 de julho de 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 03 de julho de 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal: principios del proceso penal II**. Buenos Aires: Temis/Depalma, 1996.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal: parte general**. Bogotá/Buenos Aires: Temis/Depalma, 1996.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 2ª. ed. São Paulo.: Saraiva, 2015.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Cosac e Naify, 2004.

COEN, Rebecca. **The Rise of the victim– A Path to punitiveness?** Irish Criminal Law Journal, nº 16, 2006.

DOAK, Jonathan; HENHAM; Ralph; MITCHELL, Barry. **Victims and the sentencing process: developing participatory rights?** Legal Studies, vol. 29, nº 4, 2009.

DUFF, Antony. **Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?** Em: BRUDHOLM, Thomas; CUSHMAN, Thomas (editores). The religious in responses to mass atrocity: interdisciplinary perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. **Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment**. In Crime and Justice, Vol. 20, 1996.

\_\_\_\_\_. **Punishment, communication, and community.** Oxford- New York: Oxford University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. **Responsibility, citizenship and criminal law.** Em: DUFF, R.A; GREEN, Stuart (editores), *Philosophical Foundations of Criminal Law.* Oxford- New York: Oxford University Press, 2011.

DURKHEIM, Émile. **De la Division du Travail Social (1893).** Paris: Les Presses universitaires de France, 1967.

\_\_\_\_\_. **L'Éducation Morale (1902).** Paris: Librairie Félix Alcan, 1934.

ECOSOC - Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas. **Resolução 12, de 24 de julho de 2002. Estabelece princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal.** Disponível em: <https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2002/resolution-2002-12.pdf>. Acesso em: 02/07/2020.

EREZ, Edna; TONTODONATO, Pamela, **The effect of victim participation in sentencing on sentence outcome.** *Criminology*, vol. 28, nº 3, 1990.

EWING, Alfred Cyril. **A Study of Punishment II: Punishment as Viewed by the Philosopher.** In *Canadian Bar Review*, Vol. 21, 1943.

\_\_\_\_\_. **Punishment as a Moral Agency: An Attempt to Reconcile the Retributive and Utilitarian View.** In *Mind*. Vol. 36, Nº. 143, 1927.

\_\_\_\_\_. **The Morality of Punishment: With Some Suggestions for a General Theory of Ethics.** Londres: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1929.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. **Retribición y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal**, Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.

FEINBERG, Joel. **The Expressive Function of Punishment**. *The Monist*, vol. 49, nº 3, 1965.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón – teoría del garantismo penal**. Madrid. Ed Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. **Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

\_\_\_\_\_. **Quattro Proposte di Riforma delle Pene**. In: BORRÈ, Giuseppe e PALOMBARINI, Giovanni (Org.). *Il Sistema Sanzionatorio Penale e le Alternative di Tutela*. Roma: Franco Angeli, s/d.

FEUERBACH, Anselm von. **Anti-Hobbes (ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano)**. Milano: Giuffrè, 1972.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FLEW, Anthony. **The Justification of Punishment**. In *Philosophy*. Vol. 29, Nº. 111, 1954.

GARLAND, David. **The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

GÜNTHER, Klaus. **Criminal Law, Crime and Punishment as Communication**. In SIMESTER, Andrew P. DU BOIS-PEDAIN, Antje. NEUMANN, Ulfrid. (Ed.). *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing Ltd., 2014.

\_\_\_\_\_. **Responsabilità e pena nello stato di diritto.** Trad. Leonardo Ceppa. Torino: Trauben, 2010.

\_\_\_\_\_. **Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor.** Em: AA.VV. Responsabilidade e pena no estado democrático de direito. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Presidential Address: Prolegomenon to the Principles of Punishment.** In **Proceedings of the Aristotelian Society**, Vol. 60, 1959-1960.

HASSEMER, Winfried. **Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.** 2<sup>a</sup> Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 1990.

HEGEL, Friedrich. **Princípios de Filosofia do Direito.** 3. Ed. Lisboa: Guimarães Editores, 1986.

HONDERICH, Ted. **Punishment: The Supposed Justification.** Londres: Pluto Press, 2006.

HÖRNLE, Tatjana. **Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht.** In *Juristen Zeitung*, nº 19, 2006.

\_\_\_\_\_. **Distribution of punishment: the role of a victim's perspective.** *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, nº 1, 1999.

\_\_\_\_\_. **Expressive Straftheorie.** In HILGERS, Thomas. KOCH, Gertrud. MÖLLERS, Christoph. MÜLLER-MALL, Sabine (Ed.). *Affekt & Urteil.* Paderborn: Wilhelm Fink Verlag, 2015.

\_\_\_\_\_. **Gegenwärtige Strafbegründungstheorie: Die herkömmliche deutsche Diskussion.** In VON HIRSCH, Andreas. NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt. (Ed.). Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teorías de la pena.** Trad. Nuria Pastor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

HUBER, Bárbara. **Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en tomo a las penas ambulatorias y de contenido comunitario).** Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. XLVII (1994).

JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación.** 2ª edición. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. Madrid: Marcial Pons, 1997.

\_\_\_\_\_. **La pena estatal: significado y finalidad.** Trad. Manuel Cancio Meliá- Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson-Civitas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.** Studienausgabe. 2 ed. 1993.

JOFFILY, Tiago. **Direito e Compaixão – Discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal.** Rio de Janeiro: 1ª edição - Editora Revan, 2007.

KANT, Emmanuel. **Principios metafísicos de las costumbres.** 7ª ed. Madrid, ESPASA-CALPE, 1983.



LARRAURI, Elena. **Criminología crítica: abolicionismo y garantismo**. Ius et Praxis, vol. 4, no. 2, 1998, Redalyc. Disponível na Internet em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740205>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

NETO, Silvio Leite Guimarães. **Uma teoria da pena baseada na vítima – A busca pela satisfação do indivíduo vitimado como finalidade da pena**. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Portugal, Lisboa, 2018.

PRADO, Geraldo. **Campo Jurídico e Capital Científico**. Ensaio apresentado no Programa de Pós-Doutoramento do Departamento de História de Ideias da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

PRITTWITZ, Cornelius. **Opferlose Straftheorien?** In SCHÜNEMANN, Bernd. DUBBER, Markus (Ed.). Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem: Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2000.

REEMTSMA, Jan Philipp. **Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters – als Problem**. Munique: Verlag C.H. Beck, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**, Madrid: Civitas, 1997.

RÜPING, Hinrich. JEROUSCHEK, Günter. **Grundriss der Strafrechtsgeschichte**. 6a Ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2011.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Trad. Gislene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAUTNER, Lyane. **Opferinteressen und Strafrechtstheorien: Zugleich ein Beitrag zum restaurativen Umgang mit Straftaten**. Innsbruck: StudienVerlag, 2010.

STEPHEN, James Fitzjames. **A History of the Criminal Law of England**. Londres: Macmillan and Co., 1863.

\_\_\_\_\_. **A General View of the Criminal Law of England**. Londres: Macmillan and Co., 1863.

TEXEIRA, Adriano – **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato/ Adriano Texeira**. - 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 90.

VAN CAMP, Tinneke, **Understanding victim participation in restorative practices: Looking for justice for oneself as well as for others**. European Journal of Criminology, vol. 14, nº 6, 2016.

VON HIRSCH, Andrew. **Censure and Sanctions**. Clarendon Press: Oxford, 1993.

\_\_\_\_\_. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation.**, Oxford: Hart Publishing Ltd., 2014.

\_\_\_\_\_. **Proportionality in the Philosophy of Punishment**. In Crime and Justice, Vol. 16, 1992.

\_\_\_\_\_. **Proportionality in the philosophy of punishment: from “why punish?” to “how much?”**. Israel Law Review, vol. 25, nº 3-4, 1991.

\_\_\_\_\_; ASHWORTH, Andrew. **Proportionate Sentencing: Exploring the Principles**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. **Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena**. En: ARROYO ZAPATERO, Luis e outros (coordenadores). **Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo**. Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

\_\_\_\_\_. **Warum soll die Strafsanktion existieren? Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung.**, In VON HIRSCH, Andreas. NEUMANN, Ulfrid. SEELMANN, Kurt. (Ed.) Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrecht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2011.

WEMMERS, Jo-anne; CYR, Katie. **Victims' perspectives on restorative justice: how much involvement are victims looking for?**. International Review of Victimology, vol. 3, p. 271, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Derecho Penal. 2. ed.** Buenos Aires: Ediar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ZIPF, Heinz. **Kriminalpolitik: Ein Lehrbuch**. 2<sup>a</sup> Ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1980.