



OS FUNDAMENTOS DA PENA: ANALISANDO AS TEORIAS QUE JUSTIFICAM A PUNIÇÃO

Carolina Carraro Gouvea¹

Resumo:

Com o intuito de estimular a reflexão teórica acerca da evolução do sistema punitivo, o presente estudo tem por objetivo traçar o desenvolvimento cronológico da trajetória das penas e expor as teorias centrais que legitimam a sua aplicação: teorias absolutas; relativas (prevenção especial e prevenção geral); e unitárias. Por meio de levantamento bibliográfico, se verificou que apesar de amplamente desenvolvidas pela doutrina, cada uma delas possui críticas, que serão abordadas no presente estudo, possibilitando uma melhor compreensão acerca da intervenção penal.

Palavras-chave: Teorias da pena; história da pena; fundamentos da pena; punição; penas.

THE GROUNDS OF PUNISHMENT: ANALYZING THE THEORIES THAT JUSTIFY PUNISHMENT

Abstract:

In order to stimulate theoretical reflection on the evolution of the punitive system, the present study aims to trace the chronological development of the trajectory of feathers and expose the central theories that legitimize their application: absolute theories; relative theories (special prevention and general prevention); and, unitary theories. Through a bibliographic survey, it was found that although widely developed by the doctrine, each of them has criticisms, which will be addressed in this study, allowing a better understanding about the penal intervention.

Keywords: Punishment theory; history of punishment; grounds for the punishment; punishment; penalty

Introdução

É por meio do exame das manifestações históricas do direito de punir – o qual se exprime materialmente pela imposição de uma sanção penal –, que a compreensão acerca da legitimação e limites para a intervenção do Estado se faz mais perceptível.

¹ Doutoranda e mestra em Direito Público e Evolução Social pela UNESA/RJ – Bolsista CAPES/PROSUP. Especialista em Ciências Criminais. E-mail: carolinacarrarog@gmail.com



No esforço constante para fundamentar os fins da pena a ser imposta pelo Estado, manifestam-se diferentes teorias que legitimam ou deslegitimam a intervenção penal, buscando uma justificação para a aplicação da pena e suas finalidades em uma sociedade.

As teorias deslegitimadoras consideram o sistema penal seletivo e não reconhecem uma legitimação para a intervenção penal por meio do Estado, entendendo que a pena não possui qualquer fundamento racional (SHECAIRA; CORRÊA JR., 2002, p.140).

As principais correntes são o abolicionismo e o minimalismo radical. Em linhas gerais, o primeiro sugere a abolição de todo o sistema de justiça penal; o segundo, prevê uma abolição gradativa desse sistema, por meio de um direito penal mínimo (QUEIROZ, 2001, p.90).

Para os propósitos do presente trabalho, que não possui tendência abolicionista, serão analisadas as principais teorias que legitimam a intervenção penal e buscam uma justificativa para a aplicação da pena, sendo elas: as teorias absolutas; as teorias relativas (prevenção especial e prevenção geral); e, as teorias unitárias.

Por meio de levantamento bibliográfico, o presente estudo tem por objetivo traçar o desenvolvimento cronológico da trajetória da pena, expondo as teorias centrais legitimadoras e as críticas que cada uma delas dispõe, a fim de esclarecer o entendimento sobre o principal instrumento que materializa o direito penal.

Com o intuito de estimular a reflexão teórica acerca da evolução do sistema punitivo, a abordagem foi estruturada em três momentos.

Inicialmente, se examina o contexto histórico da pena. Após, passa-se à análise do conceito de pena adotado pela doutrina para, finalmente, abarcar sobre as principais teorias que legitimam e justificam a intervenção penal e as críticas que acompanham cada uma.

Assim, destaca-se a relevância do estudo de movimentos históricos humanizantes envolvendo a pena e, conseqüentemente, o direito penal, tendo em vista o avanço da sociedade no decorrer dos séculos.

1. Contexto histórico da pena

O estudo do contexto histórico envolvendo a pena e, conseqüentemente, o direito penal, é fundamental para um melhor entendimento da evolução dos pensamentos da



sociedade no decorrer dos séculos. Dessa forma, serão analisados alguns movimentos de relevância para a compreensão do tema.

O termo “pena” originou-se do latim *poena*, que significava punição ou castigo, no sentido de infligir dor ao transgressor de uma lei. Por seu turno, essa palavra derivou de uma expressão grega *poiné* que, na Grécia antiga era utilizada “para nomear uma forma de indenização feita pelo matador em favor dos parentes da sua vítima” (SOUZA; JAPIASSÚ; 2018, p.288).

A origem exata das sanções penais é desconhecida, tendo em vista as diferentes vertentes históricas que existem acerca de seu surgimento.

Há indicação de que as penas em seus primórdios possuíam um acentuado cunho religioso, além de serem de caráter aflitivo, isto é, recaírem sobre o corpo do indivíduo de maneira cruel por meio das penas infamantes e de morte.

Os mais antigos grupos que se reuniram para conviverem, assumiram medidas para regular os comportamentos que colocavam em risco sua existência e, dessa forma, poder dizer-se que a história da pena criminal é dividida em períodos os quais demonstrariam a primazia da forma de punir em determinada época (SHECAIRA; CORRÊA JR.; 2002, p.23).

A busca de uma legitimação para o poder de punir é específica em cada modelo de sociedade adotado. Neste sentido, Aníbal Bruno (1976, p.10) expõe acerca da pena:

[...] violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, ela se vai disciplinando com o progresso da cultura, abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder público para a manutenção da ordem e segurança social.

Assim, seja pela figura de uma autoridade divina ou pela pessoa de um soberano devidamente constituído, a intervenção penal já fora legitimada das mais variadas maneiras a depender do período histórico.

Com a gradativa evolução moral do direito penal e, conseqüentemente, das modalidades de penas, as sanções cruéis foram deixando de ser aplicadas e passaram a ser substituídas por outras, tendo em vista o princípio, ainda incipiente, da dignidade humana.



A humanização das sanções criminais foi surgindo quando ocorreu a possibilidade de substituição das penas aflitivas corporais e de morte pela pena de prisão², caracterizando-se como um modelo de punição mais humano e digno.

Foi no período reformador³, marcado pelo Iluminismo do século XVIII e pelas ideias humanitárias, principalmente de Cesare Beccaria (1738-1794), de John Howard (1724-1790) e de Jeremy Bentham (1748-1832), que começaram a surgir severas críticas à legislação penal vigente, marcada pela crueldade excessiva das penas e pelo regime carcerário em que as pessoas eram submetidas.

A pena começou a assumir um fim utilitário e a abandonar os fundamentos baseados em uma perspectiva teológica (SHECAIRA; CORRÊA JR.; 2002, p.32), buscando-se fundamentos diferentes para o direito de punir e para a legitimidade.

Para os reformadores, Foucault (2016, p.126) destaca que a pena se volta para o futuro e visa bloquear a repetição do delito, transformando o culpado. Assim, tem como função “não apagar o crime, mas evitar que recomece”.

A obra “Dos delitos e das penas”, publicada em 1764, de Cesare Beccaria, teve fundamental espaço nos contextos ideológicos daquela época, abordando ideais e pensamentos sistematicamente organizados de pensadores iluministas como Montesquieu e Rousseau.

Tais pensadores se fundamentavam no direito natural, no sentido de que todas as pessoas possuíam direitos inalienáveis e, assim, a intervenção penal deveria acontecer de acordo com os critérios de racionalidade (ARAÚJO, 2011, [s.p]).

O opúsculo de Beccaria (2014, p.17) se baseia na tese do contrato social em que “somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela” e, é dessa ideia que nasce o direito de punir.

Além disso, a concepção de Beccaria (2014, p.45) volta-se para a função preventiva da pena, a qual sua finalidade não é a de causar dor, torturando e afligindo a pessoa, e nem desfazer o crime que já tenha sido praticado; a finalidade da pena é evitar que o culpado volte a delinquir, além de afastar os outros membros da sociedade do mundo do crime através da certeza de punição.

² A prisão na antiguidade e na Idade Média, como dispõe Shecaira e Corrêa Jr. (2002, p.33), era usada apenas como sala de espera do criminoso, onde aguardava os piores castigos corporais ou a pena de morte.

³ De acordo com Fragoso (2004, p.49), o movimento da reforma se inicia com a repercussão da obra de Beccaria.



Outro ponto de relevo trazido nessa obra é o da proporcionalidade da penalidade. Uma pena para ser justa deve ser necessária. O grau de rigor deve ser suficiente para afastar os homens da senda do crime e nada além disso, a fim de não causar abuso de poder (BECCARIA, 2014, p.49-55).

Na mesma época, no ano de 1777, John Howard introduziu um movimento reformador das prisões sem, contudo, pretender aboli-las, por meio do livro “The State of Prisons in England and Wales”. Com essa obra, nasce o direito penitenciário, marcando, como afirma Bitencourt (2017, p.77), o início da luta interminável pela humanização do cárcere.

Com forte influência da religiosidade, Howard teve fundamental importância no processo de racionalização das penas, demonstrando a necessidade mínima de proporcionar ao condenado condições dignas dentro dos cárceres, com um regime higiênico, alimentar e de assistência médica (BITENCOURT, 2017, p.73-74) concedidos para os detentos.

Outro pensador considerado reformador e que merece destaque quanto às questões relativas às condições criminógenas do cárcere e à pena é Jeremy Bentham.

Precursor do utilitarismo, este pensador considerava que o homem sempre foge da dor e busca o prazer (BITENCOURT, 2017, p.78), atribuindo à pena o sentido preponderante de prevenir delitos semelhantes aos já praticados.

No que diz respeito ao cárcere, a maior contribuição de Jeremy Bentham foi o Panóptico⁴, que tinha, de acordo com Foucault (2016, p.195), como principal efeito, “induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder”, regulando o comportamento dos homens através da disciplina, onde alguém na torre interna, vigiaria e poderia visualizar todas as celas, sem ser visto.

As ideias principais do movimento iluminista no século XVIII influenciaram os autores da chamada Escola Clássica, na segunda metade do século XIX.

O maior expoente foi Francesco Carrara que, por meio de sua obra “Programa do Curso de Direito Criminal”, escrita em 1859, fundamenta o direito de punir unicamente na justiça (como tutela jurídica), limitando-o pela necessidade de defesa da sociedade.

⁴ Foucault descreve a arquitetura do Panóptico: “na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel. A construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar”. (FOUCAULT, 2016, p.194).



Para Fragoso (2004, p.52-53), a obra de Carrara expõe alguns princípios básicos: o crime é entendido como um ente jurídico, ou seja, é a violação do direito, como exigência racional; a responsabilidade penal é fundada no livre-arbítrio; a pena é retribuição jurídica e utilizada para restabelecer a ordem violada pelo delito; e, para o estudo do direito penal aplica-se o método lógico-abstrato, e não experimental.

A pena, com essa corrente filosófica, começou a ser imposta de maneira proporcional “ao dano causado pelo crime e à necessidade de sua imposição, seja pela reprovabilidade da conduta, seja para a prevenção de infrações futuras ou, ainda, para a segurança e a tranquilidade social” (MARQUES, 2016, p.134).

Afastando-se do cunho filosófico da corrente clássica, no final do século XIX sucedeu a Escola Positiva, que teve início pela publicação, em 1876, do livro “O Homem Delincente” de Cesare Lombroso. Para o médico italiano, o homem criminoso possui características natas, podendo ser classificado de acordo com sua fisionomia.

Outro nome com relevância para o positivismo criminológico, na vertente sociológica, foi Enrico Ferri que considerava o delito resultado de diversos fatores, mas principalmente aqueles sociais (SOUZA; JAPIASSÚ; 2018, p.25). Para ele, a função da justiça penal é a preservação da sociedade ou das condições de existência social (MARQUES, 2018, p.140).

No pensamento da Escola Positiva, a pena visa recuperar ou neutralizar (caso seja irrecuperável) o criminoso, constituindo uma base para a defesa social. A pena era considerada mais que um castigo, era um instrumento de recuperação do criminoso para a sociedade (SHECAIRA; CORRÊA JR.; 2002, p.33).

Apresentando uma nova concepção, em que diverge das ideias de Lombroso acerca do criminoso nato, Franz von Liszt publicou o “Programa de Masburgo” em 1882, sendo o fundador da Escola Moderna Alemã.

De acordo com essa visão, o crime é tido como fenômeno social e a função da pena é combatê-lo. Como demonstram Japiassú e Souza (2018, p.27), von Liszt pretendeu reunir pontos convergentes das Escolas Clássica e Positiva, buscando conciliar alguns princípios de cada uma.

Para o autor alemão, a fundamentação da pena se encontra na necessidade de manter a ordem jurídica e, conseqüentemente, o Estado (MARQUES; 2016, p.155).



Além disso, foi von Liszt um dos pioneiros a reportar-se contra as penas prisionais de curta duração, afirmando que elas são incapazes de corrigir, intimidar ou impedir a reincidência. Por isso, o autor propõe que sejam aplicados substitutivos penais para aqueles criminosos ocasionais.

Um outro movimento que merece destaque veio com o pós-Segunda Guerra Mundial, conhecido como Defesa Social, idealizado por Filippo Gramatica. Dessa concepção, propagou-se outras diferentes, como a Nova Defesa Social de Marc Ancel.

Tal movimento segue uma perspectiva humanista e proclama que, é por meio da readaptação proporcionada ao condenado, que se defende uma sociedade. Neste sentido, expõe Marques (2016, 162):

O novo movimento de defesa social reconhece que a prisão, não obstante suas consequências negativas, é uma realidade inevitável no mundo contemporâneo. Entretanto, o período de encarceramento pode ser visto como uma ocasião apta a proporcionar ao delinquente a oportunidade de modificar-se internamente pelo tratamento, deixando de oferecer um perigo à sociedade.

De acordo com o autor, os postulados traçados por esse movimento são mais adequados com a atual realidade do direito penal, tendo em vista a proteção aos direitos humanos conquistados nas últimas décadas (MARQUES, 2016, p.167).

Para Dotti (1998, p.290) é através de medidas impostas com vistas na personalidade do agente que se buscará as metas prioritárias de proteção da sociedade e ressocialização.

Afirmam Shecaira e Corrêa Jr (2002, p.143) que para a linha de pensamento da defesa social, o Direito Penal não é a melhor forma de combater o crime, fornecendo ênfase ao pensamento preventivo e garantindo o direito das pessoas serem diferentes, proclamando o fim da ideologia do tratamento.

Como demonstrado por essa análise até o momento, a história da pena é um registro do longo desenvolvimento marcado pela continuidade da evolução a cada período, com uma tendência em buscar sanções mais humanas e menos prejudiciais ao criminoso.

Como já afirmara Roxin (2012, p.20):

[...] no futuro deverá até forçosamente ser desenvolvida uma paleta de sanções e reações, as quais, mesmo pressupondo uma ação punível, só em parte poderão ser denominadas penas. Novas penas no verdadeiro sentido da palavra, isto é, como medidas prejudiciais impostas coercitivamente, quase não surgirão. Afinal, as penas de épocas anteriores, não mais utilizadas (como as penas corporais ou o banimento), não possuem futuro.

Cumprido, no momento, expor o conceito de pena adotado pela doutrina.

2. Conceito da pena

Como ressalta Bitencourt (2017, p.129), a pena pode ser conceituada como um mal que se impõe a um indivíduo devido a prática de um delito. Para o autor, o conceito difere da função da pena.

É o direito penal que dispõe de regras básicas de comportamentos para conservar um convívio harmonioso de uma sociedade e, assim, a pena surge como necessária para afastar atitudes inadequadas das pessoas que ali convivem.

Nas palavras de Hassemer (2007, p.212) o direito penal possui algumas determinações em comum com as demais áreas de controle social:

A posição do sistema de Direito Penal se encontra no campo do controle social, o sistema de Direito Penal é uma de suas partes. Ele possui as mesmas características estruturais como outras áreas do controle social: norma, sanção, processo. A norma define um comportamento divergente como criminoso, a sanção é a reação vinculada à divergência, o processo é o prolongamento da norma e da sanção na realidade. O Direito Penal é a forma de assimilação social dos conflitos sociais. Ele atua, por isso, também com as tarefas que o controle social preenche em nosso cotidiano. Ele garante as expectativas comportamentais, define os limites da liberdade de ação humana, é um meio de aculturação e de socialização.

Esse ramo do ordenamento jurídico tutela, por meio de normas jurídicas proibitivas de ações ou omissões de condutas consideradas criminosas, bens jurídicos de maior significação e relevo na sociedade, assegurando os valores fundamentais da vida em comum (FRAGOSO, 2004, p.4).

Neste sentido, von Liszt expõe que se a missão do direito é a tutela de interesses humanos, o direito penal teria a missão especial de promover uma “reforçada proteção de interesses, que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como um mal infligido ao criminoso” (LISZT, 2006, p.98).

A consequência jurídica da transgressão da norma penal se dá através do sistema punitivo que, por intermédio da sanção imposta pelo Estado ao indivíduo infrator, configura uma das maneiras de controle social, protegendo determinados bens jurídicos em uma organização socioeconômica específica (2017, p.129).

Assim sendo, a sanção penal é o instrumento que o Estado utiliza para garantir a proteção desses bens considerados de maior relevância. Ela é gênero e possui como espécies a



pena e a medida de segurança. A sanção tradicional que caracteriza o direito penal é a pena, objeto de estudo no presente tópico.

Como afirmam Japiassú e Souza (2018, p.27), atualmente o sistema punitivo do Estado é voltado para a defesa social e este se realiza por meio de incriminação de condutas, imposição de sanção e de sua adequada execução, tendo por objetivo que os comportamentos delituosos não se realizem.

Assim, o sistema penal possui uma ordem sistematizada de execução, devendo demonstrar-se, de acordo com Lopes (1999, p.267), em três momentos:

Em primeiro lugar, que é necessário, para a manutenção de uma determinada ordem social, que uma determinada conduta esteja tipificada pelo legislador como delitiva e que sua realização esteja ameaçada com uma pena de determinada intensidade. Em segundo lugar, que seja necessário que o comportamento de um determinado cidadão, que tenha realizado a conduta definida pela lei como delituosa, seja castigado com uma determinada quantidade de pena. Por fim, que seja necessário que o condenado a uma pena sofra em seus bens uma privação dessa intensidade.

Para Fragoso (2004, p.348) a pena consiste na perda de um bem jurídico (a morte, em locais que permitem essa modalidade de pena; a liberdade; ou o patrimônio), imposta ao autor do ilícito, pelo órgão de justiça; isto é, consiste num mal infligido ao réu, devido ao seu comportamento antijurídico e transgressor.

De acordo com Soler (*apud* MIRABETTE, 2007, p.246), “a pena é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos”.

Para Shecaira e Corrêa Jr. (2002, p.181), a pena deve ser compreendida como a consequência jurídica da infração penal cometida pelo indivíduo, levando-se em consideração a dignidade humana como baliza limitadora para a sua aplicação.

Com estes conceitos, verifica-se que surge um direito/dever de punir do Estado devido à ofensa de um bem jurídico alheio, exigindo-se a culpa do agente como motivação e imposição da medida punitiva.

Manifestando-se acerca da pena, Reale Jr. (1983, p.12):

Sob a tónica dos direitos humanos, a pena passa a ser focalizada de outros ângulos, sob novas perspectivas: vista não apenas como consequência obrigatória e culminante do Direito Penal, como meio para restabelecer a ordem jurídica violada. Hoje, indaga-se da ciência, dos reais e concretos resultados da pena, da sua viabilidade enquanto processo de reinserção social, perquirindo-se também da



viabilidade de assumir novas formas, mais positivas, outras que não a prisão, mas benéficas para o condenado e para o próprio Estado.

A partir dessa análise, passa-se ao desenvolvimento das teorias da pena.

3. As teorias da pena

No esforço constante para fundamentar os fins da pena a ser imposta pelo Estado, manifestam-se diferentes teorias que legitimam ou deslegitimam a intervenção penal, buscando uma justificação da pena e suas finalidades em uma sociedade.

Para os propósitos do presente trabalho, serão analisadas nos tópicos que se seguem, as principais teorias que legitimam a intervenção penal e buscam uma justificativa para a aplicação da pena, sendo elas: as teorias absolutas; as teorias relativas (prevenção especial e prevenção geral); e, as teorias unitárias.

Tais teorias, como expõe Aníbal Bruno (2009, p.12) “servem para a justificação da medida punitiva, para a elucidação da sua essência e dos seus objetivos, servem aos mesmos fins em relação ao direito penal”.

3.1 Teorias Absolutas (ou retribucionistas)

Nas teorias absolutas, também conhecidas como teorias retribucionistas, seus adeptos entendem que a pena se justifica como um fim em si mesmo. O criminoso é punido porque pecou (*punitur quia peccatum est*), ignorando qualquer fundamentação preventiva e utilitária.

Os principais expoentes de tais teorias são os alemães Immanuel Kant (retribuição moral) e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (retribuição jurídica).

Para o primeiro, a lei penal é um imperativo categórico, não sendo possível objetivar uma intimidação ou inserção social da pessoa que cometeu o crime (BARRETO, 2013, p.160). A punição ocorre unicamente porque a pessoa praticou um fato punível, sendo inadmissível instrumentalizar o homem em benefício da sociedade.

O segundo considera que “o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência” (QUEIROZ, 2001, p.21) sendo assim, a negação da negação do direito representada pelo delito. De acordo com Hegel, a pena visa restaurar o direito violado.



Os defensores das teorias absolutas entendem que a finalidade única da pena seja a realização da justiça, impondo, para compensar o mal do crime, o mal da pena. De acordo com Shecaira e Corrêa Jr. (2002, p.130):

[...] encontra na retribuição justa não só a justificativa para a pena (legitimação da intervenção penal), mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo. Assim, todos os demais efeitos (intimidação, correção, supressão do meio social) não guardariam qualquer relação com a natureza da pena.

Essa teoria deixa como herança a ideia de que a retribuição deva ser justa.

Todavia, possui muitas críticas, dentre elas destaca-se a não explicação do motivo de uma ação qualquer ser submetida à pena. Além disso, destaca Queiroz (2001, p.26) acerca da única finalidade da teoria absoluta em realizar justiça, relacionando com os fins do Estado:

Fim do Estado ou do Direito – por consequência, fim da pena – não é realizar a justiça, tampouco em termos absolutos. Função do direito, que é o mesmo que se dizer, função do Estado, é algo bem menos ambicioso: viabilizar a convivência social por meio da ordenação pacífica dos conflitos.

Como afirma Dotti (1998, p.176 e 215), apesar de a retribuição ser a ideia central do direito penal, a pena não pode se limitar em apenas retribuir a culpa, mas deve ser também um instrumento para alcançar uma finalidade de maior proteção dos bens jurídicos, tendo a proporcionalidade como fenômeno de equilíbrio possível.

Para Roxin (1976, p.14), essa teoria chamada por ele de teoria da expiação não serviria, porque não deixa claro os pressupostos da punibilidade, seus fundamentos não estão comprovados e, como conhecimento irracional e impugnável da fé, não é vinculante.

No direito penal atual o retribucionismo não tem espaço isoladamente, devendo se conjugar a outros determinantes que não somente a pura e simples aplicação do mal da pena ao mal praticado pelo crime em busca da justiça.

3.2 Teorias Relativas (ou prevencionistas)

As teorias relativas, também conhecidas como prevencionistas, contrapõem-se às teorias absolutas ao não considerarem a pena como um fim em si mesmo, mas como um meio que atua junto ao corpo social e ao indivíduo, buscando evitar a prática de um delito.

Como elucida Aníbal Bruno (1976, p.10):



[...] a justificação da pena está na sua necessidade social, no fim de manutenção e segurança da ordem de Direito, pela prevenção do crime. A sua função é de instrumento de defesa da sociedade. A justiça é um pensamento regulador, mas o que justifica a pena é a exigência de Direito de que se mantenham inviolados os valores elementares da vida em comunidade.

Em outras palavras, a punição serve para que não se peque novamente (*punitur ut ne peccetur*), com uma previsão para o futuro.

Essa concepção prevencionista desenvolveu-se no período iluminista e surgiu com a passagem de um Estado absoluto para um Estado liberal. Dessa forma, substituiu-se o poder sobre o corpo do indivíduo, para influir sobre a psicologia (BITENCOURT, 2017, p.148).

Parte-se de uma concepção preventiva e utilitária, considerando a pena como uma forma de atingir determinada finalidade.

Subdivide-se em prevenção geral (voltada para os membros da sociedade) e prevenção especial (dirigida ao indivíduo infrator) que serão analisadas a seguir.

3.2.1 Prevenção Geral

A teoria da prevenção geral possui uma vertente negativa e outra positiva.

De acordo com a prevenção geral negativa a pena dirige-se à coletividade com o intuito de causar intimidação⁵ no corpo social, coibindo a atuação de possíveis outros membros infratores da sociedade na prática do delito.

Foi Feuerbach quem formulou a teoria da coação psicológica, segundo a qual buscava-se frear possíveis impulsos criminosos. De acordo com Bitencourt (2017, p.147) essa teoria:

[...] Sustenta que é por meio do direito penal que se pode dar solução ao problema da criminalidade. Isso se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.

⁵ Zaffaroni e Batista ao criticar a dissuasão intimidatória da pena em que utiliza a pessoa infratora como um instrumento, expõem-se contra essa teoria: “[...] a pena dissuade por intimidação (medo); o grau de dor deve ser causada a uma pessoa, para que outra sinta medo, não depende daquele que a sofre, mas sim da capacidade de ser atemorizada por outra. Por isso, deveriam as penas ser aumentadas na razão direta da frequência dos fatos pelos quais são impostas e vice-versa. A pena não manteria qualquer relação com o conteúdo injusto do fato praticado, mas sua medida dependeria de fatos alheios”. (ZAFFARONI, E. Raúl; et al., 2011, p.119)



Porém, a ideia de intimidação não consegue justificar a aplicação da sanção penal, pois se a noção é inculcar medo nos membros da sociedade, a punição ao delinquente não está apoiada no principal limite e pressuposto dela, que é a culpabilidade (SHECAIRA; CORRÊA JR.; 2002, p.130).

Por outro lado, a concepção da prevenção geral positiva compreende que é a efetiva imposição e aplicação da pena que demonstrará a rigidez do ordenamento jurídico, causando o desencorajamento de possíveis delinquentes a cometerem delitos, reafirmando a vigência da norma. De acordo com Mir Puig (2007, p.64):

[...] é possível entendê-la como forma de *limitar* a tendência a uma prevenção geral meramente intimidatória, que levaria ao terror por meio de um progressivo agravamento da ameaça penal. Este é o caminho correto. Assim, exigir que se busque a prevenção geral *não apenas* por meio do medo da pena, mas também por uma razoável afirmação do Direito em um Estado social e democrático de Direito, implicará limitar a prevenção geral por intermédio de uma série de princípios que devem restringir o Direito penal neste modelo de Estado. Entre tais princípios encontra a exigência da ‘proporcionalidade’ entre o delito e a pena. Admiti-lo permitirá evitar as graves objeções que têm sido dirigidas contra uma prevenção geral ilimitada. (Grifo do autor).

Assim, a pena deve ser “estimulada em seu cumprimento, sendo esse um processo de formação do povo, com oportunidades de assimilar os valores básicos da sociedade” (SHECAIRA; CORRÊA JR.; 2002, p.132).

Há que se ressaltar que a teoria da prevenção geral positiva ainda possui uma subdivisão entre fundamentadora e limitadora.

A visão fundamentadora tem Welzel e Jakobs como principais representantes. Essa teoria encontra na coletividade, com a imposição da pena, a confirmação das normas jurídicas orientadoras.

Ao expor acerca desse tema, Bitencourt (2017, p.170) relata:

Não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. É criticável também sua pretensão de se impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado Social e Democrático de Direito. É igualmente questionável a eliminação do *ius puniendi*, tanto formal como materialmente, fato que conduz à legitimação e ao desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.

No que concerne à teoria da prevenção geral positiva limitadora (Hasemer e Roxin), diferentemente da fundamentadora, impõe um limite ao poder punitivo do Estado. Assim, o direito de punir estatal não pode ir além e violar os princípios da intervenção mínima,

proporcionalidade, ressocialização, culpabilidade, dentre outros; a fim de se tornar arbitrário (SHECAIRA; CORRÊA JR.; 2002, p.132).

3.2.2 Prevenção Especial

A teoria da prevenção especial difere da prevenção geral tendo em vista se referir ao delinquente e não à coletividade. A pena possui como função afastar e diminuir as chances de reincidência pelo autor do crime praticado.

Para Mir Puig (2007, p.69), foi a teoria da prevenção especial:

[...] que levou à aparição de uma série de institutos que permitem deixar de impor ou executar total ou parcialmente a pena em delitos de pouca gravidade quando as condições do delinquente assim o permitirem – como a ‘*condenação condicional*’, o ‘*livramento condicional*’ e a possibilidade de ‘substituição das penas privativas de liberdade por outras’ previstas pelo atual CP espanhol, assim como outras figuras processuais e penais que conhece o Direito comparado. Também responde ao esforço da prevenção especial a ‘concepção ressocializadora das prisões’ que se tem propagado pelas distintas legislações.

Dessa forma, essa teoria visa evitar a prática do crime focada no indivíduo, na sua personalidade, para que esse não volte a delinquir. De acordo com Roxin (1976, p.15), isso ocorreria quando fosse possível corrigir aqueles infratores corrigíveis, intimidar os que ainda sejam intimidáveis e submetendo à prisão aqueles que não fossem corrigíveis nem intimidáveis.

Também se subdivide em negativa e positiva. A prevenção especial negativa tem por objetivo a neutralização do indivíduo; já a prevenção especial positiva direciona-se para a reintegração social do agente.

Uma das principais críticas à essas teorias é a de que, com elas, o indivíduo fica como um instrumento do Estado, sem qualquer limitação de intervenção. Para Dotti (1998, p.137):

A tônica da prevenção, e nomeadamente da prevenção especial, se coloca o alto de modernas elaborações dogmáticas. No entanto, não se poderá admitir que a pretexto de se desenvolver os fins preventivos, a pena se converta em instrumento de terror estatal em relação a determinado tipo de crimes ou de autores que, revelando inadaptabilidade social, não poderiam ser recuperados, e, por conseguinte, a pena estaria se negando a si mesma.



Ainda, Bitencourt (2017, p.161) chama a atenção para a dificuldade em ressocializar uma pessoa, principalmente pelo tratamento penitenciário, com a intenção de converter o criminoso em uma pessoa que respeite a lei penal.

3.3 Teorias unitárias (ou mistas)

A teoria unitária, também denominada de unificadora ou mista, surge com o intuito de conciliar características das teorias absoluta e relativas. Assim, justifica-se a medida punitiva quando conjuga a preocupação com a justiça e pela segurança da sociedade.

Para essa corrente de pensamento, a punição ocorre porque pecou e para que não peque novamente (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*).

Dessa forma, a retribuição será levada em consideração, juntamente com a culpabilidade do infrator, impondo-se como limite para a atuação da pena.

Essa teoria possui críticas, dentre elas aponta-se a incompatibilidade em justapor uma teoria que nega fins à pena (teoria absoluta) com as teorias que concedem à ela uma finalidade (teorias relativas).

Além disso, Roxin (1976, p.19) dispõe que a mera adição das diferentes teorias destrói a lógica de cada concepção e aumenta o âmbito de aplicação da punição, tornando assim um meio de reação adequado para qualquer uso.

A teoria unitária é a concepção adotada no Brasil e predominante no direito penal e legislações de diversos países.

Em nosso ordenamento, o artigo 59 do Código Penal revela o duplo objetivo da pena que será aplicada conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

4. Conclusão

Como demonstrado no decorrer do trabalho, a história da pena é um registro do longo desenvolvimento marcado pela continuidade da evolução a cada período, com uma tendência em buscar sanções mais humanas e menos prejudiciais ao criminoso.

A exposição das principais teorias que fundamentam a pena buscou esclarecer o estudo desse instrumento e demonstrar as variações conceituais que surgiram e ainda surgem.



Assim, o estudo desse paradigma e as críticas que dele advém consiste em um importante mecanismo para a compreensão do direito penal atual e a busca constante de sanções fundadas na dignidade humana, protegendo os indivíduos de eventuais abusos que possa ocorrer com a intervenção penal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Juspodivm, 2011.

BARRETTO, Vicente. Constituição, violência e o mal. *In: _____*. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 6 ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral, tomo III: pena e medida de segurança**. 5 ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 3 reimp., 2016. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 16 ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. v.1. Brasília: Senado Federal, 2006. (Coleção história do direito penal brasileiro. Direito penal.)





LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Penas restritivas de direitos: retrospectiva e análise das novas modalidades. *In*: DOTTI, Rene Ariel. *et al.* **Pena restritivas de direitos: críticas e comentários às penas alternativas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Oswaldo H. Duek. **Fundamentos da pena.** 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N., **Manual de direito penal:** parte geral, arts. 1º ao 120 do CP. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Altras, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **Direito penal:** fundamentos e teoria do delito. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal:** legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Tradução de Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus. Sentidos y limites de la pena estatal. *In*: **Problemas básicos del derecho penal.** Traducción y notas por Diego- Manuel Luzon Peña. Madrid: REUS S.A, 1976.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena:** finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Direito penal:** volume único. São Paulo: Atlas, 2018.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; et al. **Direito penal brasileiro:** primeiro volume, teoria geral do direito penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.