

# TEORIAS DA PENA NOS SISTEMAS JURÍDICOS PENAIS CONTEMPORÂNEOS: O QUE HÁ DE ATUAL NAS FUNÇÕES DA SANÇÃO CRIMINAL

*Punishment Theories in Contemporary Criminal Legal Systems: What's Current in The Functions of the Criminal Sanction*

VICENTE CARDOSO DE FIGUEIREDO

Advogado. Mestre em Ciências Criminais. Especialista em Direito Penal e Processo Penal.  
Autor e revisor de artigos e publicações na área.

**Resumo:** Este artigo pretende analisar, com base na tipologia clássica das teorias que estudam os fins da pena criminal (teorias absolutas, teorias preventivas e as teorias mistas ou unitárias), as premissas que sobreviveram de cada uma das teorias que foram objeto da pesquisa, e as que sucumbiram com o decurso do tempo e com a evolução do pensamento das ciências criminais, apresentando as ideias basilares de cada escola, seus principais expoentes jurídico-filosóficos, buscando responder ao problema proposto acerca dos dispositivos que não se mantêm na atualidade, em contraponto àqueles que se mantêm na atualidade do estudo das teorias dos fins da pena criminal.

**Palavras-chave:** Dogmática Penal. Pena Criminal. Teorias Das Penas. Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

**Abstract:** This paper aims to analyze, based on the classical typology of theories that study the purposes of criminal penalty (absolute theories, preventive theories and mixed or unitarian theories), the premises that survive from each of the theories that were object of research, and the ones that succumbed over time and over the evolution of criminal Science thinking, presenting basilar ideas to the problem proposed in regards to devices that do not persist nowadays, opposed to those that do on studies of the purposes of criminal penalty theories.

**Keywords:** Punishment Dogmatics. Criminal Penalty. Punishment Theories. Contemporary Criminal Legal Systems

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo da sanção criminal como objeto de pesquisa na atualidade perpassa necessariamente à questão da legitimidade do exercício do poder de punir do Estado, na medida em que a ideia de sistema jurídico-penal encontra-se em crise. A partir deste ponto entende-se possível delinear um esboço acerca das funções da pena, sob o enfoque dogmático.

A sociedade pós-moderna superou o modelo liberal-individualista, sendo caracterizada pelo paradigma da sociedade de massas. O Estado Democrático de Direito passa a representar o modelo moderno desta forma de organização social. O Direito Penal, como expressão de instituto formal de controle social, adaptou-se aos novos padrões, tanto que Cezar Bittencourt correlaciona os conceitos de pena e Estado, deduzindo que o desenvolvimento deste está intimamente ligado ao da sanção, indicando que para “*a compreensão da sanção penal, deve-se analisa-la levando-se em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador*”<sup>1</sup>.

Entretanto, a pena criminal por excelência continua sendo a prisão, ou seja, a restrição de liberdade do indivíduo mediante a reclusão em uma instituição – tal qual expunha Cesare Beccaria em sua obra clássica “*Dos delitos e das penas*”, ainda no século XVIII<sup>2</sup>. João Carlos Castellar assenta a essência punitiva do Direito Penal, aduzindo tratar-se a pena privativa de liberdade como sua “*mais genuína expressão*”<sup>3</sup>. No tocante ao processo penal, refletira Michel Foucault acerca da mudança dos modelos de penalização, em “*Vigiar e Punir*”, tratar a punição da “*mais velada parte do processo*”<sup>4</sup>.

Da análise destes tópicos, depreender-se-á um panorama acerca do que é recorrente e o que jaz na análise das funções da pena criminal, ou seja, verificar o que há de vivo e o que não sobreviveu ao contemporâneo<sup>5</sup> no estudo deste tema, tão caro às Ciências Criminais, tomando por base a doutrina tradicional e leituras atuais, tendo como horizonte interpretativo

---

<sup>1</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de prisão** – Causas e Alternativas. 4ª Edição, 2ª tiragem, São Paulo, 2012, Ed. Saraiva, p. 113.

<sup>2</sup> “*Não é o espetáculo terrível, mas passageiro da morte de um celerado, e sim o longo e sofrido exemplo de um homem privado da liberdade e que, convertido em besta de carga, recompensa com seu trabalho aquela sociedade que ofendeu, que constitui o freio mais forte contra os delitos.*” In BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 96.

<sup>3</sup> CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional** – a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2013, p. 97.

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**. 27ª Edição: Petrópolis, Editora Vozes, 2003, p. 12.

<sup>5</sup> Giogio AGAMBEN vem definir que “*a contemporaneidade é uma singular relação com o próprio tempo, que adere a este e, ao mesmo tempo, dele toma distâncias; mais precisamente, essa é a relação com o tempo que a este adere através de uma dissociação e um anacronismo*”. Para o pensador, ainda, “*contemporâneo é aquele que mantém fixo o olhar no seu tempo, para nele perceber não as luzes, mas o escuro. Todos os tempos são, para quem deles experimenta contemporaneidade, obscuros. Contemporâneo é, justamente, aquele que sabe ver essa obscuridade, que é capaz de escrever mergulhando a pena nas trevas do presente*”. In “**O que é contemporâneo? E outros ensaios**”. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Ed. Argos, 2009, p. 59-62

sua legitimidade perante a ordem constitucional vigente (em sendo esta a matriz limitadora e orientadora do poder punitivo estatal)<sup>6</sup>, a partir de uma abordagem dogmática.

## 2 A PENA CRIMINAL

### 2.1 Buscando um conceito de pena criminal

O Direito Penal se compõe, para Claus Roxin, de todos os “*preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección*”<sup>7</sup>. José de Faria Costa refina a ideia, dando conta que “*o direito penal estrutura-se e vive, juridicamente, através de duas realidades nucleares, elementares e indissociáveis, quais sejam: o crime e a pena*”<sup>8</sup>. Assim, o tipo incriminador de uma conduta e a sanção cominada representam os elementos basilares de um estudo dogmático do Direito Penal.

O conceito de pena traz consigo uma ideia de resposta, de reação a um fato que se sucedera, como assenta Sérgio Moccia, que referindo a Hegel, aduz que a sanção representa o esquema lógico de restabelecimento do direito violado pelo delito, e como em todo sistema lógico, é funcional para a persecução de qualquer finalidade, a partir da retribuição<sup>9</sup>.

Ao seu turno, José de Faria Costa vem-nos dizer que “*a pena é a principal consequência da prática de um crime (comportamento proibido pela norma incriminadora)*”<sup>10</sup>, representando igualmente, “*uma manifestação do viver comunitário organizado*”<sup>11</sup>. E constata, em uma perspectiva antropológica, que a pena representa a refração do entendimento do homem sobre si próprio<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> “*O poder punitivo estatal busca sua legitimidade na Constituição*”, conforme MESSA, Ana Flávia. In **Prisão e Liberdade**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 47.

<sup>7</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Collendo e Javier de Vicente Remesal. 1ª Edição, Madrid: Ed. Civitas, 1997, p. 41.

<sup>8</sup> FARIA COSTA, José de. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 14.

<sup>9</sup> MOCCIA, Sergio. **El Derecho Penal entre ser y valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Buenos Aires: Editora B de F., 2008, p. 30.

<sup>10</sup> FARIA COSTA, José de. *Op. Cit.*, p. 17.

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 19.

Gimbernat Ordeig parte da premissa de que “*a pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens.*”<sup>13</sup>. Luigi Ferrajoli, em voltando-se ao princípio *nulla poena sine crimine*, relaciona a pena “*a uma sanção ab malum actionis (...) aplicável quando se tenha cometido um delito, que constitui sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência jurídica*”<sup>14</sup>.

## 2.2 Funções da pena criminal

Neste embalo, a discussão acerca das funções da pena criminal apresenta-se, para Jorge de Figueiredo Dias, como um problema “*tão velho quanto a própria história do direito penal*”<sup>15</sup>, asseverando que a persistência no estudo do tema se deve ao fato de que nele toda a teoria do direito penal se discute, inclusive, a “*questão do destino do direito penal*”<sup>16</sup>. Cezar Bittencourt já constatara que a função do próprio Direito Penal depende da função que se atribui à pena e às medidas de segurança<sup>17</sup>, convergindo ambos com o raciocínio de José de Faria Costa, no sentido de que o problema da pena “*é um daqueles pontos que ao serem tratados tocam ou prendem-se, necessariamente, com o pensamento do próprio todo que o direito penal representa*”<sup>18</sup>.

A tipologia abordada por Jorge de Figueiredo Dias acerca das funções da pena criminal aponta as Teorias Absolutas, Relativas e mistas (ou unificadoras), expostas na sequência.

<sup>13</sup> *apud* BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 114.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. 3ª Edição revista. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 339.

<sup>15</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo, 1999. Ed. Revista dos Tribunais, p. 89.

<sup>16</sup> *Idem*;

<sup>17</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 114.

<sup>18</sup> FARIA COSTA, José de. *Op. Cit.*, p. 19.

### 2.2.1 As teorias absolutas

As teorias absolutas vislumbram a pena como instrumento de retribuição. “Absoluta”, explica Claus Roxin, porque o fim da pena é desvinculado de seu efeito social<sup>19</sup> - *punittur, quia peccatum est*. Juan Bustos Ramirez e Hernan Hormazabal Malarée aduzem que, sob este enfoque, a pena é concebida como a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis<sup>20</sup>.

A essência da pena criminal reside na expiação, na reparação do mal do crime, em uma compensação, se esgotando na sua retributividade<sup>21</sup>. Como Claus Roxin constatara:

“(…) la teoría de la retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido”<sup>22</sup>.

Neste enfoque, a pena é vista como a justa paga do mal que com o crime se realizou; é o justo equivalente do dano do fato ou a culpabilidade do agente<sup>23</sup>. Assim, a pena há de ser necessariamente aplicada como resposta pela prática de um ato ilícito. Como Cezar Bittencourt se apercebera, é atribuída à pena a “*difícil incumbência de realizar a justiça*”<sup>24</sup>. Na proposição retribucionista está subentendido um fundo filosófico, de ordem ética, transcendente às fronteiras terrenas, aproximando-se do divino<sup>25</sup>.

Immanuel Kant e Georg Wilhelm Hegel são usualmente destacados como os principais representantes das teorias absolutas da pena. Faz-se necessário, entretanto, verificar as diferenças na formulação dos pensadores germânicos: enquanto no primeiro a fundamentação é de ordem ética, em Hegel, é de ordem jurídica<sup>26</sup>. A título exemplificativo pode-se apontar também Karl Binding, Edmund Mezger, Hans Welzel e como defensores da teoria da pena como retribuição<sup>27</sup>.

<sup>19</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 82.

<sup>20</sup> *apud* BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 118.

<sup>21</sup> Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 91.

<sup>22</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, pág. 81-82.

<sup>23</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 91.

<sup>24</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 118.

<sup>25</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 119.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pág. 127-128.

A teoria absoluta tem ainda como pressuposto a proporcionalidade entre a pena e a gravidade do delito, na medida em que a sanção deve ser correspondente em sua duração e intensidade e à gravidade do ato ilícito<sup>28</sup>. Veda-se “*castigar mais além da gravidade do delito cometido, restringindo-se eventuais excessos derivados dos fundamentos preventivos da pena*”<sup>29</sup>.

### 2.2.2 As teorias relativas

As chamadas “teorias relativas” veem na sanção criminal um meio de prevenção de delitos. Reconhecem, igualmente à teoria absoluta, a pena como um mal que incide sobre quem a sofre. Entretanto, partindo deste fim, a intervenção estatal sancionatória, como instrumento político-criminal, deve alcançar a finalidade de prevenção ou de profilaxia criminal, adequando-se à função do direito penal de tutela de bens jurídicos.<sup>30</sup>

Nestas teorias, a pena não busca retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir seu cometimento. Também abre-se mão do intuito de “realizar a justiça”, baseando-se numa função de inibir, na medida do possível, a prática de novos fatos delituosos<sup>31</sup>.

Neste ensejo, a função preventiva da pena distingue-se entre as doutrinas de prevenção geral e a doutrina de prevenção especial ou individual. A primeira trata com a ideia de intimidação, ao tempo em que a sanção criminal não detém caráter retributivo, nem de influir diretamente sobre o autor, mas sobre a comunidade, que diante da ameaça da aplicação pena, deve deixar de realizar as condutas consideradas criminosas<sup>32</sup>.

Deste ponto se vista se exige da sanção criminal “*uma atuação preventiva sobre a generalidade dos membros da comunidade seja no momento da sua ameaça abstrata, seja no da sua concreta aplicação, seja no da sua efetiva execução*”<sup>33</sup>. Como vislumbra Jorge de Figueiredo Dias

<sup>28</sup> Conforme ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 82.

<sup>29</sup> Segundo GARCIA, Gilberto Leme Marcos. **A pena como resposta ao delito**. Algumas considerações a respeito do tema. Internet: disponível em [http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/1328-A-pena-como-resposta-ao-delito.-Algumas-considerações-a-respeito-do-tema](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/1328-A-pena-como-resposta-ao-delito.-Algumas-considerações-a-respeito-do-tema), acesso em 31.05.2014.

<sup>30</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>31</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 132.

<sup>32</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 89

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 101.

“(...) o denominador comum destas doutrinas reside na concepção da pena como instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da aplicação judicial das penas e da efetividade da sua execução”<sup>34</sup>.

Paul Anselm von Feuerbach defendia a ideia de prevenção geral como forma de constrangimento psicológico, na medida em que por meio deste, à pena se confiaria a função de deter o cometimento de delitos a todos os membros da sociedade, vinculando assim o objetivo da pena com o do Estado, qual seja, a defesa da liberdade individual<sup>35</sup>. Essa “teoria da coação psicológica” acredita que por meio do Direito Penal pode-se solucionar o problema da criminalidade “*com a cominação penal, isto é, com a ameaça da pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá*”<sup>36</sup>.

Ao seu turno, a doutrina da prevenção especial conduz à ideia de que a missão da pena consiste unicamente em fazer o autor desistir de cometer futuros delitos. O fim da pena aponta à prevenção dirigida ao autor individual (especial) <sup>37</sup>, sendo a sanção criminal instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delincente<sup>38</sup>.

Como apontou Cezar Roberto Bittencourt, a teoria da prevenção especial “*procura evitar a prática do delito, mas ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delincente em particular, objetivando que não volte a delinquir*”<sup>39</sup>. Seu primordial defensor fora Franz von Liszt, no documento “Programa de Marburgo”, em 1882, para quem a prevenção especial pode atuar de três formas: protegendo a comunidade frente ao criminoso, mediante seu encarceramento; intimidando o autor, mediante a pena, para que não cometa futuros delitos; e evitando a reincidência mediante sua correção<sup>40</sup>.

Assim, a necessidade da pena mede-se com critérios preventivos-especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece a uma ideia de ressocialização do delincente, à

<sup>34</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>35</sup> *Apud* MOCCIA, Sergio. *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>36</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p.133.

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 85.

<sup>38</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 102.

<sup>39</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 138.

<sup>40</sup> *Apud* ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 86.

intimidação daqueles que não necessitam ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis. Em síntese: intimidação, correção e inocuização<sup>41</sup>.

### 2.2.3 A teoria mista ou unificadora

As correntes unificadoras das teorias da pena tentam agrupar em um único conceito o fim da pena, sob os mais diversos pontos de vista, recolhendo os mais destacados aspectos das teorias absolutas e relativas para combiná-las, exprimindo uma essência unificadora de uma “pena preventiva através de justa retribuição”<sup>42</sup>. Neste ensejo, “da combinação entre as duas primeiras teorias, surge uma terceira: a teoria mista ou eclética. Para esta teoria, a prevenção não exclui a retributividade da pena, mas se completam”<sup>43</sup>.

Como referiu Cezar Bittencourt, “as teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena.”<sup>44</sup> Assim, a punição em si corresponde a uma retribuição, ao tempo em que seu intuito é o de devolver ao sujeito “o mal causado à sociedade e ao sujeito passivo do delito, indicando ao mesmo que se cometer algum crime será reciprocamente lesado pelo mal causado e pelo seu desrespeito para com o ordenamento jurídico e a sociedade.”<sup>45</sup>

Outrossim, a prevenção se apresenta como forma de evitar a realização de novos fatos criminais, bem como de ressocializar o condenado, ainda buscando prevenir a reincidência, e que outros cidadãos tenham receio de cometer ilícitos.

De acordo com as teorias unificadoras, a pena passa a ter a característica de um verdadeiro castigo, assumindo um fim além de si mesma, fazendo justiça em consequência de mal causado, prevenindo que o desviante volte a praticar crimes, criminosas, e a sociedade em geral tenha tal receio e, por consequência, protegendo os bens jurídicos, buscando a paz e o

<sup>41</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 139.

<sup>42</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 109

<sup>43</sup> SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**, 2ª edição, Campinas: Ed. Bookseller, 2002. p. 36.

<sup>44</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 150.

<sup>45</sup> GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. **Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro**. Internet: disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7815#\\_edn43](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815#_edn43), acesso em 03.06.2014.

equilíbrio social. Em suma, “*aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal*”<sup>46</sup>.

Insta demarcar que a teoria unificadora fora adotada pelo sistema jurídico-penal brasileiro, o que se verifica na leitura do *caput* do artigo 59, do Código Penal: “*o juiz, (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.*”

Partindo da premissa de que a sanção criminal não pode “*ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial*”<sup>47</sup>, o modelo unificado funda-se na concepção de Claus Roxin de que o ponto de partida de uma teoria da pena deve basear-se no entendimento que a finalidade da mesma só poderá ser preventiva<sup>48</sup>:

“(...) Puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio (cfr. § 2, nm. 9 ss.), también la pena concreta sólo puede perseguir esto, es decir, un fin preventivo del delito (cfr. nm. 15, 28). De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.(...)”<sup>49</sup>

Jorge de Figueiredo Dias preconiza forte crítica a esse ideal unificador, tratando-a como inaceitável, ao tempo em que considera

“(...) a ideia retributiva, está a chamar para o problema das finalidades da pena um vetor que não pode, pura e simplesmente, ser tomado em consideração neste contexto: a retribuição ou a compensação da culpabilidade não é nem pode constituir uma finalidade da pena”<sup>50</sup>.

Concomitantemente, questiona o entendimento de Claus Roxin, asseverando que, apesar da concordância com o ponto de vista de “*que a pena serve exclusivamente finalidades*

<sup>46</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 151.

<sup>47</sup> *Idem.*

<sup>48</sup> ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p.108.

*de prevenção geral e especial*<sup>51</sup> – que o princípio da culpabilidade não pode ser abandonado, nem deixar de ser pressuposto da pena e limite inultrapassável da sua medida.<sup>52</sup>

E reitera sua rejeição às teorias unificadoras, firmando a dúvida subjacente dessa amálgama teórica, apontando que “*quando se misturam doutrinas absolutas com doutrinas relativas, fica definitivamente por saber qual o fundamento teórico e a razão de legitimação da intervenção penal*”<sup>53</sup>.

### 3 O QUE HÁ DE VIVO E O QUE HÁ SUPERADO NAS TEORIAS DA PENA

Cumpre-nos, após análise nas teorias sobre as finalidades da pena, conjecturar acerca do que se mantém destas linhas de pensamento, e o que o tempo tratou de enterrar.

A noção de retribuição ensejada na teoria absoluta, para Jorge de Figueiredo Dias, só pode ser função da culpabilidade do agente, pois se esta doutrina se reivindica das exigências da justiça, implica que cada pessoa seja tratada segundo a sua culpabilidade, segundo o princípio da culpabilidade, “*máxima incontornável de todo o direito penal humano, democrático e civilizado*”.<sup>54</sup>

Já as teorias clássicas da prevenção especial e geral são repelidas na medida em que tomadas por premissas pragmáticas, eficientistas e funcionais, fazem da pena instrumento de violação à dignidade da pessoa humana a que se aplica<sup>55</sup>, em seu vetor especial, e dotada de fraqueza teórica e prática quando consideradas sua matriz negativa, como forma de intimação da generalidade dos indivíduos, ao tempo que se torna impossível “*determinar empiricamente o quantum de pena necessário para alcançar tal efeito*”, quer por aproximar-se de tendências para se usarem de penas cada vez mais severas e desumanas, num verdadeiro “*direito penal do terror*”<sup>56</sup>.

Em rejeitada a concepção unificadora, na medida em que a mesma limitou-se “*a justapor os fins preventivos, especiais e gerais, reproduzindo assim as insuficiências das*

---

<sup>51</sup> Idem, p.111.

<sup>52</sup> Ibidem, p.111-112.

<sup>53</sup> Ibidem, p.109.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 102.

*concepções monistas da pena*<sup>57</sup>”, e que teve como consequência ignorar o caráter da pena como “*exigência ética de justiça (conceito retributivo), transportando suas finalidades às teses prevencionistas, onde a ideia de retribuição aparece apenas como mero limite de mínimo e máximo*”,<sup>58</sup>.

Winfried Hassemer verifica igualmente a antinomia entre os diferentes fins da pena, que não só “*visam coisas distintas, como também surgem de mundo idealisticamente distintos e se constituem de pressupostos diversos*”<sup>59</sup>. Santiago Mir Puig refletira, ao seu turno, que retribuição, prevenção geral e a prevenção especial representam distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena<sup>60</sup>.

Por sua vez, Jorge de Figueiredo Dias sustenta que o fim da pena reside numa “*natureza preventiva – seja de prevenção geral, positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa*”<sup>61</sup>”, aduzindo que

“(…) O direito penal e o seu exercício pelo Estado fundamentam-se na necessidade estatal de subtrair à disponibilidade (e à ‘autonomia’) de cada pessoa o mínimo dos seus direitos, liberdades e garantias indispensáveis ao funcionamento, tanto quanto possível sem entraves, da sociedade, à preservação dos seus bens jurídicos essenciais (...)”<sup>62</sup>”

Numa posição que considera a pena como reação de uma comunidade àqueles comportamentos proibidos penalmente, a sanção criminal transparece, para José de Faria Costa, como “*o reflexo dos valores dessa comunidade em um certo tempo e um certo espaço*”<sup>63</sup>, caracterizando-se como “*a refração do entendimento do homem sobre si próprio*”<sup>64</sup>.

Neste viés, que pode ser considerado como uma visão neo-retribucionista da pena criminal, esta é apontada como estrutura elementar do direito penal, ao tempo em que traz consigo uma “*óptica ontológica e historicamente situada*”<sup>65</sup> da sanção criminal.

---

<sup>57</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 150.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 152.

<sup>59</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 380.

<sup>60</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 150.

<sup>61</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Op. Cit.*, p. 129.

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> FARIA COSTA, José. *Op. Cit.*, p. 19

<sup>64</sup> *Idem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

Em uma perspectiva conciliadora, há uma linha de pensamento que reconhece dentre as finalidades do Estado Social e Democrático de Direito a proteção da sociedade através da prevenção jurídico-penal, “*e a conveniência de estabelecer limites a tal participação preventiva, em função da consideração do indivíduo em particular e não da coletividade em geral*”<sup>66</sup>. Trata-se da teoria da prevenção geral positiva, fruto das pesquisas resultantes da insatisfação com as antinomias referidas nas teorias unificadas<sup>67</sup>.

Deparamo-nos então com uma ideia de prevenção geral positiva limitadora, apresentada por Cezar Bittencourt, aduzindo que essa orientação pressupõe que “*a prevenção geral deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo do Estado*”<sup>68</sup>, assumindo o ponto de vista que o direito penal representa apenas uma forma de controle social à disposição da sociedade, diferenciando-se das demais pela formalização. Como Hassemer compreendia, a ameaça e a execução presentes nas funções preventivas da pena atuam em um mesmo campo, com diversos instrumentos e processos formais de controle social, dos quais elas dependem para sua eficácia<sup>69</sup>.

Esse processo de formalização do direito penal, na visão de Santiago Mir Puig, tem lugar por meio da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão, que se resguardam através dos direitos fundamentais e garantias constitucionais, além dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, etc<sup>70</sup>.

Neste ensejo, a ideia da prevenção geral positiva legitimar-se-á na medida em que compreender que deve integrar todos os limites, harmonizando eventuais contradições recíprocas<sup>71</sup>. A posição do Estado na sociedade implica obrigatoriamente no respeito aos “*freios e limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracterizaria o direito penal de um Estado pluralista e democrático*”<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p. 153.

<sup>67</sup> *Idem*, p.153.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>69</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, p. 413.

<sup>70</sup> *Apud* BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, p.158.

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p.159.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como advertido *ab initio*, o estudo da pena e das teorias sobre seus fins costumeiramente se realiza de forma tensa, com a marca das consideráveis divergências vislumbradas nos diversos pontos de vista a partir dos quais partem as análises.

As teorias das penas aqui apresentadas – a absoluta, em sua função retributiva; a preventiva, em seu aspecto especial e generalista, e a teoria unificadora, bem como a teoria preventiva geral limitadora, demonstram primeiramente uma evolução no pensamento moderno acerca da sanção criminal, com a dialética das teses e sua fusão em dados momentos, como forma de buscar a conciliação e um refinamento das teorias, o que se mostrou inviável, diante das aporias vislumbradas.

Restou verificar a atualidade dessas teses, e o que sobrevivera ou falecera com o decorrer do tempo. Exsurgiu desta análise o perecimento da teoria absoluta, ressaltando sua análise do neorretribucionismo defendido pela teoria ontoantropológica do Direito Penal de José de Faria Costa, bem como o falecimento das teorias preventivas geral e específicas quando tratadas em separado, e o fracasso da tentativa de unificação do ideal retributivo-preventivista, apontando-se um modelo baseado em uma teoria unitária entre as funções preventivas da pena – geral e unitárias – com a visão limitadora do poder punitivo estatal, inerente à ideia de um Direito Penal Mínimo, e com a valorização e o respeito dos direitos e garantias fundamentais, bem como a basilar ideia de introdução da culpabilidade como limite inultrapassável, da pena concreta.

Assim, conclui que a pena não pode ser encarada como um mal necessário, ou um fim em si mesma, mas com finalidade exclusiva de prevenção geral e especial – ou seja, deve ser cominada de forma a desestimular a sociedade na prática dos delitos, e no caso de responsabilização do indivíduo, ser aplicada mediante o devido e justo processo legal, levando em consideração a culpabilidade do agente como “moldura da decisão”, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 135.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? E outros ensaios**. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Ed. Argos, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de prisão** – Causas e Alternativas. 4ª Edição, 2ª tiragem, São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

CASTELLAR, João Carlos. **Direito Penal Econômico versus Direito Penal Convencional** – a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo, 1999. Ed. Revista dos Tribunais.

FARIA COSTA, José de. **Noções Fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do Garantismo Penal. 3ª Edição revista. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir**. 27ª Edição: Petrópolis, Editora Vozes, 2003.

GARCIA, Gilberto Leme Marcos. **A pena como resposta ao delito**. Algumas considerações a respeito do tema. Internet: disponível em [http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/1328-A-pena-como-resposta-ao-delito.-Algumas-considerações-a-respeito-do-tema](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/1328-A-pena-como-resposta-ao-delito.-Algumas-considerações-a-respeito-do-tema), acesso em 31.05.2014.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogerio. **Das teorias da pena no Ordenamento Jurídico brasileiro**. Internet: disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7815#\\_edn43](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815#_edn43), acesso em 03.06.2014.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 2005.

MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 2ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MOCCIA, Sergio. **El Derecho Penal entre ser y valor**. Función de la pena y sistemática teleológica. Buenos Aires: Editora B de F., 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Collendo e Javier de Vicente Remesal. 1ª Edição, Madrid: Editora Civitas, 1997.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**, 2º edição, Campinas: Ed. Bookseller, 2002.