

TEORIA DOS FINS DA PENA

Guilherme LOPES FELICIO¹

Luís Roberto GOMES²

RESUMO: O presente trabalho aborda sobre as teorias da pena, instrumento este muito utilizado no Direito Penal para atender seus fins. Para a perfeita compreensão de cada teoria, é imprescindível o estudo aprofundado da doutrina antiga e moderna, com respeito às posições divergentes dos autores sobre o espírito que a pena deve conter. No decorrer do projeto, é explanável uma grande diferença entre as teorias absolutas, relativas e ecléticas, sobre o caráter da pena, revelando, cada uma, respectivamente, a visão da sanção como uma retribuição, prevenção, ou fusão de ambas. Visa, assim, demonstrar a razão da instituição da pena, sua finalidade, e a real importância dela para a sociedade.

Palavras-chave: Teoria. Pena. Prevenção. Repressão.

1 INTRODUÇÃO

Percucientemente, um grande propósito de nossa contemporaneidade, em se tratando de sistema penal, é dar eficácia ao seu ensejo. Juridicamente falando, o que se deve buscar é um verdadeiro Direito Penal funcional a que se crie vida em cima de seus objetivos.

Para perfilhar nesse trilho, assinala-se compreender os reais fins das penas (como conteúdo funcional da normatização criminal) a que sua essência não pode conduzir a resultados conflitantes, conclusões divergentes, evitando que a sua natureza extraída para aplicação “de justiça” não traga um efeito colateral, tumultuando o desenvolvimento do Direito Penal.

Claramente, é o que enfatiza Luís Régis Prado (2004, p.143):

As reconhecidas dificuldades da teoria dos fins da pena, por exemplo, versando sobre sua indemonstrabilidade, duvidosa eficácia e suas antigas contradições, levam a uma pergunta: seria mais factível em termos reais, e

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Gui_felicio@yahoo.com.br.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Lrgomes@prsp.mpf.gov.br. Orientador do trabalho.

cientificamente preferível, construir ou fundamentar um sistema penal unicamente a partir dessa teoria?

Vence dizer que a pena não está ligada somente a um castigo para o agente causador do delito. Pelo contrário, ela tem assento sob vários fundamentos científicos como: resposta estatal, atendimento às necessidades básicas da sociedade como garantia da proteção, compatibilidade com a cultura do país em que ela reina.

Não é uma tarefa fácil fundamentar o Direito Penal. A idéia, claro, é que a pena atue como mecanismo de seu funcionalismo, mas sem que comprometa ou abale o sistema positivo. E que também adote ela uma postura moderada de acordo com os materiais utilizados para sua nascença sem romper com os princípios penais fundamentais e a teoria jurídica do delito.

Vale esclarecer como faz Jorge de Figueiredo Dias (1999, p. 89):

É sabido como o problema dos fins [...] da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal [...]. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo do tempo está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins da pena constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal.

Como cansadamente citação doutrinária a pena ou sanção é penal é uma conseqüência jurídica do crime. É ela a conseqüência natural imposta pelo Estado ao sujeito que perpetra um fato típico, ilícito e culpável.

Estado que ocupa uma posição de garantidor para sua população invoca seu *jus puniendi* ao infrator que feriu seu sistema jurídico penal instituído.

2 TEORIAS DA PENA

Com o intuito de justificar os fins e fundamentos da sanção penal, Luís Régis Prado, sinteticamente, apresenta três teorias: teorias absolutas; teorias relativas (prevenção geral e especial); teorias unitárias ou ecléticas.

2.1 Teorias Absolutas

Para essa teoria, a pena tem função meramente retributiva, como um castigo merecido ao infrator penal pelo mal causado por sua conduta. A pena é mais vista como um “igual” ao sofrimento produzido pelo criminoso.

De acordo com essa teoria, está a posição de Cezar Roberto Bittencourt (1993, p. 102):

Através da imposição da pena absoluta, não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar justiça. A pena é um fim em si mesmo. Com a aplicação da pena, consegue-se a realização da justiça, que exige, frente a um mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Castiga-se quia preccatur est, isto é, porque delinqüiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídica do delito praticado.

Ironicamente, aos olhos da sociedade a pena é enxergada mais como uma forma de retribuição, uma espécie de vingança, um espelho maléfico idêntico ao do delito. Identifica-se isso na forma em que, atingindo um bem jurídico da pessoa humana, é evidente que o desejo dela é a máxima punição para o seu violador. Em poucas palavras, o que a comunidade quer é que os criminosos sejam merecedores de castigos sem falar em prevenção.

Esta teoria é bem sedimentada por Claus Roxin (1997, p. 81-82):

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculando' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é reconhecida desde a antigüidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito que o compense.

Para defensores dessa teoria, suas manifestações são contra o uso da pena como razões utilitárias. Os absolutistas criticam que não há o que falar de "pena" como um meio de prevenção de futuros delitos porque estaria sacrificando a dignidade da pessoa humana em prol do da concretização dos fins sociais.

2.2 Teorias Relativas

Para os seguidores dessa teoria, a pena se limita a uma função de prevenção como garantia social na forma de antever que o delinqüente retorne a praticar crimes no futuro. As razões são puramente fundadas em uma utilidade social.

A concepção aqui defendida não é a punição propriamente dita para os rompedores da ordem da justiça, mas de evitar que este venha a continuar no mundo criminoso, a prevenir que não haverá mais ataques ao manto da paz pública.

A teoria relativa se biparte em prevenção geral e prevenção especial. Tradicionalmente, aquela é mais conhecida como prevenção geral negativa ou prevenção geral por intimidação. A intimidação atua como um freio representado por um temor infundido na consciência de pessoas possivelmente voltadas para o crime, de maneira que essa pressão faça-as refletirem antes de realizar qualquer ilícito penal. Assim, a prevenção por intimidação é uma espécie de coação psicológica a

fim de que os criminosos pensem sobre as conseqüências de um delito, afastando-os de praticar uma infração penal ou até mesmo poucos antes de perpetrá-las.

Nas palavras exemplares de Winfried Hassemer (1993, pág. 34):

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através de resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito, esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.

A crítica a essa modalidade da teoria relativa se dá pelo fato das não explicações da relevância dessa persuasão. Há claro, uma solução, todavia, se desconhece os meios aptos e necessários para o convencimento desses possíveis delinqüentes.

Sendo assim, para um Direito Penal funcional, e dentro da prevenção geral, a doutrina mais atual prefere a denominada teoria geral positiva ou integradora. Para o professor Luís Régis Prado, a prevenção geral positiva considera a pena como um forte reforço na consciência jurídica da norma penal.

A pena traz vislumbres efeitos, consubstanciada como um processo de aprendizagem destinado a reeducar o indivíduo às regras de harmonia social; o efeito de confiança que é a segurança e força que o Direito tem e que o criminoso respeita e acredita ser ele o vencedor e, por último, a pacificação social resolvida pelo poder estatal após a instauração de um crime.

Mas a prevenção geral nada traz de interessante aos fins da pena do Direito Penal. É ela repetidamente uma forma de retribuição justa para o fundamento da pena. Se a pena se restringe a essa função limitativa, estaria novamente ela para atender somente a sociedade. Suas justificações seriam igualmente de caráter utilitarista, ou seja, apenas para que atinja os propósitos sociais.

Assim, pode-se afirmar que a pena restrita à prevenção geral, positiva ou negativa, estaria implicitamente ferindo o princípio da dignidade humana, pelo motivo de se valer do agente criminoso como um instrumento para alcançar os fins da sociedade. Além disso, a eficácia desses fins é incerta, de resultado duvidoso.

A prevenção especial, por sua vez, repousa sobre a pessoa do criminoso, evitando que ele retorne a violar as normas penais, assegurando que ele não volte a delinqüir futuramente.

A preocupação dessa prevenção é direcionada individualmente para o delinqüente. Ao contrário da prevenção geral que se dirige para a sociedade, intimidando o criminoso em prol do interesse social, a especial investe sua atenção no delinqüente em si, na forma de resgatar seu ímpeto criminoso.

Esclarece bem Cezar Roberto Bittencourt (1997, p. 81):

A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinqüiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.

A prevenção especial consiste na retirada da periculosidade individual do agente do delito. É, portanto, revestida de um caráter ressocializador, numa correção para reinserção social. A idéia é de que o delituoso abandone o mundo do crime e comece a agir de acordo com o ordenamento. O objetivo da prevenção especial é alcançar a pena justa e necessária para concretizar tal resultado.

Ocorre que dentro do contexto em que o Direito Penal é uma disciplina jurídica que visa, principalmente, à proteção e à garantia de bens, a pena nessa modalidade de prevenção traz alguns embaraços à doutrina.

Como menciona o professor Luís Régis Prado (2005, p. 561):

Demais disso, caso a pena se fundamentasse só na necessidade de proteger determinados bens jurídicos diante de indivíduos perigosos e inclinados a lesá-los, então não haveria obstáculo algum à adoção de um direito penal do autor.

O fato é que, no tocante aos criminosos de alta periculosidade e agentes de delitos de baixo impacto, as idéias da prevenção especial poderiam levar a penas injustas à gravidade do delito perpetrado, ou seja, ela não é capaz de explicar a aplicação da pena para delitos de menor perigo. Com efeito, seria isso uma injustiça.

Ademais, em caso de impossível a identificação de um agente que precisa de cura ou correção, o Direito Penal não teria outra opção a não ser deixar de impor a pena, devido a ausência de uma justificativa.

Logo, debruçar tão somente numa adaptação social do delinqüente é insuficiente para dar fundamento à pena, ferindo, conseqüentemente, o princípio da dignidade humana.

2.3 Teorias Ecléticas ou Unitárias

Trata-se de uma teoria mista que acredita numa unificação da pena. Considera-se a teoria eclética como uma fusão, junção, dos propósitos da prevenção geral e especial.

Analiticamente, a unificação da pena conjuga tanto a retribuição da pena embasada numa necessidade de reprovação da conduta realizada pelo autor, como a prevenção contra novas ações criminosas mantendo o indivíduo para reintegrá-lo na ordem social.

Essa dialética é defendida por Claus Roxin (2001, p. 40):

Resumindo, pode dizer-se acerca da segunda fase de eficácia do direito penal, que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, mede bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvaguarda a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida de culpa.

Essa teoria ganha muito espaço atualmente e é bem aceita pela maior parte da doutrina, ajustando-se ao art. 59, *caput*, do Código Penal.

O escopo dessa teoria é aplicar uma pena justa e necessária para o agente que comete um delito. Note que “pena” há de se encaixar no sentido de atingir os fins da prevenção geral e especial. De certo modo, a sanção deve sim retribuir ao crime uma resposta repressiva estatal, porém, observando o conteúdo de

proporcionalidade, porque ela deve visar, conjugalmente, à prevenção do sujeito de praticar novos crimes e a sua readaptação às boas maneiras sociais.

Portanto, uma pena justa seria aquela proporcional à gravidade do delito cometido conciliada à culpabilidade do autor. Pena necessária condiz como suficiente para atender a sociedade, sem agravar a situação do acusado de forma que esteja apto para retornar a um convívio normal em grupo.

Com efeito, a teoria em espeque é um método de prevenção, é a proclamação da justiça e prova real de eficácia do ordenamento penal.

Novamente, frisa-se que, para a concretização da prevenção, é mister que a pena sempre atenda aos primórdios da proporcionalidade, pela sua natureza de dupla finalidade (o que rigidamente é necessário muito esforço do Direito para alcançar a repressão e a prevenção), a proporcionalidade é peça fundamental para que os anseios da sociedade sejam satisfeitos como também para que se confira uma melhor condição para o criminoso e que o sujeito saiba que mereceu um castigo justo por sua má conduta e, ao final de seu cumprimento, tome ciência de que o Estado quer sua reeducação para conviver em harmonia no seu ciclo.

A teoria unitária da pena por conjugar prevenção e retribuição e por melhor se adequar aos preceitos emanados pelo sistema jurídico penal deve ser utilizada pelo legislador ao formular penas aplicáveis aos delitos e pelo julgador ao aplicar as sanções dos delitos descritos na ordem penal. Quer dizer, pelo motivo da pena existir só porque o delito existe em um injusto culpável perpetrado, ao lado da teoria eclética da pena, pode-se, em determinados casos, deixar de se aplicar ou aplicar reduzidamente determinada pena frente ao injusto culpável, nas hipóteses em que a pena tão somente preventiva, melhor se adequar ao caso concreto.

Assim, se o legislador ou o Juiz se apoiar só na prevenção ou só na retribuição defrontaremos com algumas injustiças para a sociedade e para o condenado, violando muitas vezes princípios como o da proporcionalidade, da dignidade humana e não condizendo com as finalidades do Direito Penal.

Destarte, melhor seria que se os órgãos acima mencionados tivessem suporte da retribuição e prevenção ao mesmo tempo. Afinal, a idéia é dar tratamento penal igualitário a todos e reprimir os delituosos. Todavia, pela teoria eclética, ter o apoio do caráter preventivo da pena dá permissão para o Juiz conceder uma pena

preventiva para um criminoso em vez de aplicar as penas repressivas da lei penal, se julgar ser mais necessário para o caso e entender que trará efeitos mais positivos prevenindo-o a reprimi-lo.

Cite ainda os ensinamentos do professor Luís Régis Prado (2005, p. 565):

Desse modo, a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial, desempenham função restritiva ou limitadora de imposição da pena justa. Pode assim dar lugar à redução da pena aplicada ou, inclusive, levar à abstenção de sua aplicação. Quando não seja considerada necessária do ponto de vista preventivo.

Lembre-se o quanto é importante a palavra “necessidade”. A pena pode ser um instrumento adequado, porém nem sempre é a mais perfeita alternativa a ser escolhida para um criminoso. O que se busca é conservar a estabilidade da comunidade e reeducar o indivíduo desviado no delito. Assim, se uma pena preventiva for mais recomendável para alcançar esses propósitos, a finalidade do Direito Penal se manifesta com mais sucesso.

Via de exemplo, motivos pelo qual o criminoso merece uma pena mais preventiva seriam em razão de sua periculosidade, da pouca gravidade de um delito, dos reflexos que poderia causar caso a pena fosse severa, tudo no embasamento da necessidade. A decisão do Juiz sobre uma sanção importa analisar conjuntamente o que é mais benéfico para o criminoso e para a comunidade.

Dessa forma, quando os fins de prevenção geral e especial não exigirem a imposição de uma pena que é indiscutivelmente merecida, o Juiz ou tribunal pode optar por aplicar uma pena inferior. Então, a pena, se for mais necessário, pode ter um lastro de fim preventivo.

A própria Constituição Federal, no seu art. 5º, defende o humano como ser que obrigatoriamente deve viver com liberdade, dignidade e humanidade, aliando-se à defesa de que a pessoa jamais pode ser um instrumento de uso para consecução das finalidades político-criminais do Direito Penal.

De tudo isso, a questão mais notável a ser extraída é que a teoria da pena jamais pode ser vista apenas sob um único viés, sem considerar quaisquer pontos ou críticas de outros enfoques teóricos.

Há de convir que os fins das penas são naturalmente complexos e discutidos na atualidade, em pretexto de ser uma inevitável fundamentação e justificação da composição de uma pena.

3 CONCLUSÃO

A pena, como representante da proteção de bens jurídicos, independentemente de seu fundamento estar numa retribuição ou prevenção, ou em ambos, é discutido se é necessário investir nela como mecanismo de segurança à comunidade da validade da norma penal.

Acrescente-se, por oportuno, é que há poucos meios ou talvez não há outros meios que assegure essa confiança aos cidadãos de que o sistema que respeitam é capacitado de equilíbrio.

Teoricamente, a pena é um guia prestigioso para os cidadãos. Ainda que os estudiosos do Direito levantem críticas sobre em alguns casos seu caráter não ter funcionalidade e nem eficácia para os fins do Direito Penal, a sociedade ainda assim a considera como justa.

Entrementes, a pena deve ser utilizada para garantir os interesses sociais. Dessa forma, ela não pode filiar-se somente a uma retribuição e muito menos ser aspecto de vingança pelas pessoas.

Há de compreender que ela é apenas um meio para que o Direito Penal desempenhe seu papel funcional de proteção de bens jurídicos. Desta premissa, a pena pode muito bem deixar de ser aplicada e reduzida quando for preciso para alcançar essa funcionalidade.

O intento, fixando, não é apenas condenar o ser humano por seus erros, mas de consertá-lo e integrá-lo novamente para o mundo. O projeto ressocializador não pode ser abandonado, pois seus ideais são de eliminar posteriores ações criminosas que poderiam advir do criminoso no futuro, é evitar um conluio de reincidência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e Das Penas** – Tradução Flório de Angelis. Bauru: Edipro, 1993.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão. Causas e Alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. Roma-Bari: Laterza, 1996.

_____. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal - Série As Ciências Criminais no Século XXI – Volume 5**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Direito Penal e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.

PRADO, Luís Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Volume 1 – Parte Geral**. Brasília: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Punibilidade e Fins da Pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 15. Vol. 3. Julho/dezembro 2005. p. 123-146.

_____. Teoria dos Fins da Pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 1. Vol. 0. 2004. p. 143-158.

_____. O injusto penal e a culpabilidade como magnitudes graduáveis. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 7. Vol. 27. Julho/setembro 1999. p. 128-142.

QUINTANA, Victor Linares. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas: Teoría Empírica de las Instituciones Políticas**. Buenos Aires, 1970.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general: fundamentos de la estructura de la teoría del delito – volume 1** – Tradução Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civistas, 1997.

_____. **Problemas fundamentais do Direito Penal**. Lisboa: Veja, 2001.