

AS FUNÇÕES DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Caroline Espinhosa PINTO¹
Florestan Rodrigo do PRADO²

RESUMO: Dentre as várias teorias sobre a finalidade da pena, busca-se a mais adequada ao Estado Democrático de Direito em que vivemos, de forma que a pena seja instrumento eficaz para devolver ao convívio social o indivíduo que tenha praticado delito, estando este agora preparado para adequar-se aos limites e regras daquela sociedade. A função da pena depende de fatores socioeconômicos, políticos e religiosos, assim como da cultura de maneira geral, de cada Estado e, portanto, desenvolve-se de acordo com a evolução desse Estado. Há, entretanto, três teorias mais relevantes quanto às funções da pena, são elas a teoria retributiva (a pena é um fim em si mesma, com a finalidade de exaurir o “mal” causado pela prática delitiva para restituir o ordenamento jurídico lesado), a preventiva (a pena é usada como forma de prevenção da comissão de delitos, de forma que não volte a delinquir) e a mista (constituída por elementos de ambas as teorias, visando retribuir o mal e prevenir a sua comissão ao mesmo tempo). Atualmente, no Brasil, diante da reincidência criminal, que é o principal exemplo da falibilidade do sistema punitivo conclui-se que essa finalidade da pena foi desviada. O caráter ressocializador das sanções não se aplica a realidade brasileira atual, devendo as finalidades da pena serem novamente analisadas para que seja implementado um sistema punitivo eficiente e funcional.

Palavras-chave: “*Jus puniendi*”. Teorias da pena. Função da pena. Ressocialização. Falibilidade.

1 INTRODUÇÃO

O Estado sempre utilizou o Direito Penal, mais especificamente a pena, como forma de controle e organização da sociedade por ele regulada, assim como de si próprio. Ademais, as sanções foram e ainda são uma boa forma de assegurar a

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal, e Medicina Legal da Faculdade Antônio Eufrásio de Toledo. Professor Universitário da Unoeste. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (1999). Defensor criminal concursado pela Fundação Pública Professor Doutor Manoel Pedro Pimentel. Advogado do Sindicato dos Bancários de Presidente Prudente.

cada indivíduo direitos e garantias (individuais e coletivas), sendo o Estado sancionador o único responsável pelo exercício da violência de forma legítima.

Desde o momento em que o *jus puniendi* foi conferido ao Estado, este, conseqüentemente, passou a vedar condutas como a vingança privada e as demais formas de autotutela. Entretanto, este direito de punir não é absoluto, sofrendo limitações por princípios constitucionais – o “*jus puniendi*” não deve ultrapassar os limites da concepção garantista do Estado de Direito.

A pena, desde sua criação, sempre teve um propósito de ser, ou seja, uma finalidade que justificasse sua aplicação. Essa finalidade acompanhou o desenvolvimento do Estado e da sociedade, refletindo suas características mais marcantes. Dessa forma, surgiram diversas teorias sobre a função da pena.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro é composto por normas que enfatizam o caráter retributivo, por outras que enfatizam o caráter preventivo, e ainda, por aquelas que dão ênfase a ambos. Entretanto, ainda há falhas na aplicação dessas normas, assim como no cumprimento de eventuais sanções decorrentes delas.

Portanto, buscou-se analisar as teorias mais relevantes sobre as finalidades da pena, assim como as que incidem sobre o Direito brasileiro, de forma a avaliar sua aplicabilidade e eficácia, considerando o contexto histórico e os demais fatores que influenciaram tais teorias, principalmente em relação à reinserção da figura do agente responsável pela prática do delito e alvo da pena. Ademais, foram feitas algumas críticas ao sistema punitivo utilizado no Brasil, evidenciando os fatores mais relevantes a serem corrigidos.

Considerando tal análise, objetiva-se destacar as principais contribuições e críticas a cada teoria, com o intuito de demonstrar a possibilidade de eficácia da pena em relação ao povo (caráter preventivo e mantenedor da ordem) e principalmente, em relação ao indivíduo delinquente quanto a sua “regeneração” e ressocialização. Para tanto, foram utilizados os métodos dedutivo e comparativo de pesquisa, além de pesquisa doutrinária.

Por ser a sanção penal elemento fundamental do Direito Penal e, conseqüentemente, da ciência do Direito de forma geral, seu estudo é sempre importante para o desenvolvimento e evolução deste instituto. Sendo também relevante ao indivíduo e a sociedade, pois, o instituto da pena está presente no

cotidiano da coletividade, de forma a ser inerente a esta quando considerada a proteção da mesma pelo Estado. Assim, as funções da pena são responsáveis direta e indiretamente pela resolução ou geração de problemas sociais como, por exemplo, o aumento da criminalidade, o que justifica sua importância jurídica e social.

2 TEORIAS DA PENA

Assim como o direito de forma geral, a pena, considerada em sua integralidade, decorre de fatores socioeconômicos, filosóficos, teleológicos e políticos, constitutivos de uma sociedade em um determinado período de tempo. De igual modo, a forma de Estado e a culpabilidade contribuem para a caracterização da pena, vez que o desenvolvimento destes encontra-se intrinsecamente relacionado ao da pena, tornando-os inter-relacionados.

Cada mudança sofrida no âmbito social gerou, ao longo da história, consequências diretas e indiretas aos variados tipos de sanção. As transformações sofridas pelo Estado sancionador acarretaram em mudanças severas quanto ao conceito e também quanto à finalidade da pena, ressaltando o quão intimamente relacionados estão ambos os conceitos.

Dentre os diversos e inúmeros conceitos de pena existentes, todos apresentam, expressa ou implicitamente, a finalidade da mesma. Doutrinadores a definem de acordo com a teoria sobre a finalidade da pena que adotam. Assim, “ainda que se reconheçam os fins preventivos – gerais ou especiais – para a doutrina tradicional, a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa”. (BITENCOURT, 2011, p. 114). Essa definição aborda o caráter retributivo da pena.

De maneira diversa, Delmanto (2002, p. 67) trata a pena como “a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora”.

Nesse sentido, relata Capez (2003, p. 332):

“Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”.

Há, pelo menos, três teorias relevantes quanto à finalidade e a função da pena estatal. São elas as teorias absolutas, teorias relativas e as teorias unificadoras. Estas refletem os principais aspectos de uma sociedade e se referem ao caráter retributivo, preventivo e ressocializador da sanção.

2.1 Teorias Absolutas ou Retributivas

Durante a Idade Média, sob a influência de ideais como o do Direito Divino de governar dos reis, assim como pela ausência de divisão dos poderes estatais e as estreitas relações entre Igreja e Estado (estes, por vezes, confundiam-se entre si), a sociedade considerava a pena como um castigo cuja finalidade era a de expiar seus “pecados” cometidos.

Posteriormente, com a transição do Estado absolutista para o Liberalismo estatal, ascende uma nova classe econômica, a burguesia. Esta prezava pela proteção ao capital, cabendo ao Estado providenciar meios para garantir tal direito. Então, a sanção, por intermédio do poder estatal, serviu aos interesses do capitalismo.

Considerando o panorama histórico descrito, atribuiu-se à pena um caráter retributivo, conceituando-a como “a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida”. (BUSTOS RAMIREZ e HORMAZABAL MALARÉE, 1982, apud BITENCOURT, 2011, p. 118).

Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior (2002, p. 130) em sua obra *Teoria da Pena*, lecionam:

“Com efeito, a teoria absoluta 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 não está fundada na racionalidade, mas sim, em um ideal religioso. A concepção retribucionista encontra fundamento no livre-arbítrio de cada ser humano, no qual o indivíduo é perfeitamente capaz de distinguir o certo do errado – ou seja, diferenciar institutos como o bem e o mal. Assim, admitindo que todos são dotados dessa capacidade, não há justificativas para não punir aqueles que agem contra as leis.

Nesse sentido, Kant (2014, p. 23-30), que juntamente com Hegel são os principais representantes dessa teoria, trata a lei penal como um imperativo categórico, cujo dever de cumprimento deriva de uma relação universal em que a lei sequer precisa ser escrita, pois, é também um dever moral. Dessa forma, “é justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não é um obstáculo à conformidade da liberdade de arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”. (KANT, 2014, p. 35). Na tese kantiana aplica-se a pena única e justamente pela razão de haver delinquido, tornando a pena um fim em si mesma.

Hegel (BITENCOURT, 2011, p. 123-4), em sentido contrário, vislumbra a pena sob aspectos mais jurídicos, tendo como tese principal que a pena é a negação da negação do Direito, restaurando assim, a lesão causada a Lei. Isso significa que a prática delitiva (lesão ao ordenamento jurídico) é uma forma de negação do Direito e para restabelecer esse Direito negado é necessária a aplicação da pena – ou seja, é com o sofrimento da sanção imposta que a lesão ao ordenamento será sanada. Assim, a pena não é uma forma de mal aplicada unicamente por haver um prejuízo anterior ao Direito, como defende a tese kantiana.

A teoria retributiva sempre foi alvo de inúmeras críticas. Contudo, ela acarretou em importantes contribuições para o Direito, principalmente em relação à proporcionalidade das penas:

“[...] somente dentro dos limites da justa retribuição é que se justifica a sanção penal. Com efeito, a principal virtude desta concepção retributiva é a idéia de medição da pena, o que podemos chamar de princípio da proporcionalidade, dado informativo de qualquer moderna legislação penal”. (Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior, 2002, p. 131).

Considerado um dos princípios fundamentais do Direito Penal, esse princípio regulamenta todo o ordenamento jurídico brasileiro, devendo sempre ser aplicado nas decisões judiciais.

2.1.1 Críticas às teorias retributivas

A teoria absoluta é muito criticada por diversos doutrinadores. Mesmo considerando o panorama histórico e social em que foi criada, esses estudiosos do Direito tendem a discordar de vários elementos e fundamentos dessa teoria.

Inicialmente, tal teoria é criticada por apresentar como um de seus principais fundamentos uma ideologia puramente religiosa (o livre arbítrio), a qual consiste na crença de um povo, passível da interpretação distinta de cada indivíduo, estando sujeita a transformações severas devido à simples mudança do líder religioso. A mistura entre religião e Direito resultou por tomar espaço da razão, estando esta em segundo plano na tese de Kant (2014, p. 32-5).

Quanto ao posicionamento de Hegel (BITENCOURT, 2011, p. 123-4), consideram ser impossível que a *negação da negação* possa criar (construir) qualquer coisa, de tal forma que seria ainda menos provável que pudesse restituir algo no ordenamento jurídico. Dessa forma, para alguns autores, sanar a lesão causada à ordem da sociedade depende de ato positivo de forma que as sucessivas negações são apenas elementos verbais sem qualquer materialidade.

Outra fonte de duras críticas é o fato de a pena encontrar um fim em si mesma, dando à retribuição a roupagem de um ato repressivo severo sem finalidade alguma. A violência gerada unicamente em favor de retribuir outra violência, sem qualquer fim social é uma aberração no contexto social atual, onde o Estado, mesmo protegendo direitos individuais, prima pela coletividade.

Ademais, o foco exclusivo na retribuição da lesão excluiu a prevenção como finalidade da pena. Com efeito, não podiam sequer cogitar a sanção como forma de impedir que outros também atentassem contra o ordenamento jurídico, afinal, a pena não tinha caráter social.

2.2 Teorias Relativas ou Preventivas da Pena

A cultura brasileira sempre foi um tanto remediatista, vez que o povo brasileiro, apesar de criticar essa conduta, age somente depois do fato ocorrido, apresentando certa resistência aos modelos preventivos – tanto no âmbito do direito penal quanto nos demais aspectos individuais e sociais.

De forma contrária a esse comportamento, as teorias relativas optaram por tentar alcançar fins preventivos posteriores como forma de garantir a paz no convívio social. Enquanto as teorias absolutas aplicavam à pena retributiva porque o indivíduo delinuiu, as preventivas a aplicavam para que não mais delinquisse, inibindo ao máximo a comissão de novos delitos.

Aqui as funções da pena são divididas em duas vertentes, a prevenção geral e a prevenção especial, podendo ainda adotar caráter positivo ou negativo.

2.2.1 Teoria da prevenção geral

De acordo com a teoria da prevenção geral, essa função preventiva tem início desde a cominação da pena através da ameaça de pena, até a efetiva aplicação da pena cominada, com o cumprimento da ameaça realizada. Essa ameaça destina-se a impor aos cidadãos que existem quando da prática de ato delitivo – tratada por Feuerbach como a “teoria da coação psicológica”.

Desenvolvida no período do Iluminismo, e influenciada por conceitos como o de humanização da pena, tal teoria defendia a ideia de substituir os castigos

físicos (poder sobre o corpo) pelo poder de induzir a mente – o ser humano sopesava se era vantajoso cometer um delito mesmo diante de sua respectiva pena.

A prevenção geral é analisada sob dois aspectos, um negativo (intimidação) e outro positivo (integração). O primeiro impõe à pena o dever de “produzir efeitos de intimidação sobre a generalidade das pessoas, atemorizando os possíveis infratores a fim de que estes não cometam quaisquer delitos”. (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 131). De acordo com essa tese, quanto maior a pena, maior o temor, e, conseqüentemente, menor o número de infrações. Contudo, criou-se um clima de terror na sociedade, além haver um desvio de finalidade da pena, afinal, esta passou a punir o delinquente com o intuito de causar temor, afastando a fundamentação na culpabilidade do réu.

Já no sentido positivo, a prevenção geral proporcionava integração, como consequência da eficácia da justiça em relação à punição aplicada e de uma sociedade mais consciente em virtude da realidade imposta a ela. A ressocialização do indivíduo seria responsável pela proteção da consciência social apresentada pela norma, de forma a incentivar o seu cumprimento. Eliminava o sentimento de impunidade. Cria uma motivação para o não descumprimento da lei.

Ainda quanto à prevenção geral positiva, há divergências no que tange a possibilidade de existência de outras finalidades além da confirmação da vigência da norma, ocasionando sua subdivisão em duas vertentes: a fundamentadora e a limitadora. A teoria fundamentadora prevê a simples confirmação da vigência da norma e dos valores nela presentes, sem qualquer restrição ou parâmetros de aplicação aos atos do Estado. Enquanto para a teoria limitadora a função de confirmação da norma deve ser complementada por limites e orientada por princípios como, por exemplo, o da proporcionalidade, o da intervenção mínima a fim de restringir a atuação do Estado e evitar excessos.

Essa teoria, não diferindo das demais, também apresenta aspectos críticos cujos quais são debatidos por muitos doutrinadores. Inicialmente, há divergências quanto à necessidade de incentivo ao cumprimento das normas, vez que as mesmas devem ser cumpridas independentemente de qualquer tipo de apoio ou motivação, pois, são uma imposição estatal e devem obrigatoriamente ser cumpridas – ainda que a contragosto do cidadão. Afinal, é a obrigatoriedade ao cumprimento que fundamenta o *jus puniendi* e garante a paz social.

As características psicológicas de uma parcela das pessoas é desprezada por tal teoria, pois, sempre há um grupo daqueles que acreditam que em hipótese alguma serão “pegos” (descobertos). Nessas circunstâncias, o medo proveniente da ameaça de imposição da pena não basta para desestimular a prática do ato delitivo. Outro grupo específico que não é considerado são os chamados delinquentes habituais, os quais são exceção a regra da motivação a não comissão de novos delitos decorrente da integração.

Kant (2014, p. 86), entre outros, é contrário a instrumentalização do homem constante na prevenção. Considera inconcebível a utilização de um ser humano como mero instrumento estatal a fim de demonstrar seu poder de coação - a penalização de um indivíduo ao servir de exemplo aos demais, o diminui como pessoa, tornando-o apenas mais um dos meios utilizados pelo Estado. Há ainda outras objeções relativas ao poder estatal, onde se considera que a prevenção geral não impõe qualquer limitação às medidas tomadas pelo Estado, possibilitando que este amplie sua repressão.

2.2.2 Teoria da prevenção especial

A prevenção especial, em contraposição, destina-se tão somente ao agente causador do delito, exclusivamente a ele, voltando-se completamente para a extinção da reincidência. Assim, atua “corrigindo o corrigível (ressocialização), intimidando o intimidável e neutralizando (prisão) o incorrigível e aquele que não é intimidável”. (SHECAIRA e CORRÊA JUNIOR, 2002, op. cit., p. 133)

Para os defensores dessa teoria, a retribuição e a intimidação são métodos que por si só não tem sentido, pois buscam medidas com maior relevância no plano prático, sendo estas corrigir (ressocializar) e inocuizar (segregar). A prevenção especial também está subdividida em dois aspectos: o negativo, consistente na neutralização através da pena de prisão, e o positivo, fundado na reintegração do indivíduo ao convívio social.

A exemplo das demais teorias, essa também apresenta algumas objeções doutrinárias. Uma das críticas mais frequentes é a de que há delinquentes

que não voltarão a transgredir o ordenamento jurídico, independentemente de cumprimento de pena, dispensando-se também as medidas ressocializadoras – é o caso dos homicidas passionais, por exemplo. Dessa forma, esse tipo específico de agentes não é passível da aplicação dessa teoria.

Em contrapartida aos aspectos críticos, essa teoria apresenta um caráter humanista da pena de forma a permitir a individualização da mesma. Isso decorre, principalmente, do instituto da reinserção social, o qual também foi aperfeiçoado devido à análise e aplicação específica da punição. Atualmente, a humanização da pena é algo largamente difundido, não só no Direito brasileiro, mas no Direito mundial, mesmo havendo uma minoria resistente a esse conceito.

Ofereceu também contribuições em relação à dosimetria da pena, especialmente no que tange a atribuição de agravantes e atenuantes. A concentração em um determinado agente, analisando cada caso de maneira específica, proporcionou ao julgador a possibilidade de individualizar a pena, aplicando ou não medidas substitutivas do encarceramento.

2.3 Teoria Mista ou Unificadora da Pena

Oriunda da complementação entre as teorias absolutas e relativas, a teoria mista, também conhecida como unificadora, tenta reunir em um conceito único as finalidades da pena. Idealizada por Adolf Merkel, no início do século XX, surgiu através de uma teoria eclética que abrangia a pluralidade funcional da pena e atualmente, é considerada a teoria dominante.

Primeiramente limitou-se a reunir os fins preventivos especiais e gerais (ressaltando a proteção à sociedade), e em um segundo momento foram agregadas outras finalidades. Em relação à retribuição, esta, “seja através da culpabilidade ou da proporcionalidade (ou de ambas ao mesmo tempo), desempenha um papel apenas limitador (máximo e mínimo) das exigências de prevenção”. (BITENCOURT, 2011, p. 151-2).

Apesar de distintas, e algumas vezes controversas, as funções preventiva (geral e especial) e retributiva da pena são passíveis de coexistência em

um mesmo ordenamento jurídico, possibilitando o desenvolvimento das finalidades e formas de aplicação da pena, assim como a utilização de atributos específicos de cada teoria.

Essa teoria tem entre seus mais assíduos críticos Roxin (1973, apud BITENCOURT, 2011, p. 152), que defende que a união desses conceitos distintos resultaria na descaracterização de cada um, servindo apenas para a ampliação da aplicação da pena.

É a teoria aplicada ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no artigo 59, *caput*, parte final, Código Penal. Busca, portanto, a proteção dos bens jurídicos e a coibição do delito, a individualização da pena de acordo com as características próprias de cada agente e, por fim, as finalidades sociais preventivas.

Ou seja, essa teoria defende a punição do delinqüente ao mesmo tempo em que desestimula o cometimento de novas condutas criminosas e ressocializa o condenado (tríplice finalidade).

3 FINALIDADE E EFICÁCIA

O ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, apresenta características próprias da teoria unificadora, relacionando em uma única norma fins preventivos (prevenção geral e especial) assim, como os retributivos (principalmente quanto à dosimetria da pena).

Influenciado pelo caráter humanitário da sanção, defendido por Beccaria, o ordenamento nacional enfatiza a aplicação do princípio da proporcionalidade quando da cominação da pena. Decorrente das teorias de prevenção, a individualização da pena também contribuiu para o aperfeiçoamento da aplicação desse princípio.

Em tese, a legislação penal apóia o caráter ressocializador da pena, principalmente quando se observa o sistema de progressão de regime penal, o qual tem por finalidade fazer com que o encarcerado, aos poucos retorne ao convívio em sociedade. Ademais, é crescente a utilização de penas alternativas ou substitutivas

àquelas privativas de liberdade, de forma a incentivar o agente a ser reintegrado ao convívio social. A reinserção do indivíduo à sociedade corresponde perfeitamente aos direitos fundamentais dispostos na Carta Magna – especialmente em relação à dignidade da pessoa humana.

As críticas ao ordenamento jurídico brasileiro surgem com maior frequência em relação à aplicação prática, ou seja, a execução (cumprimento) da pena. A função da pena é desvirtuada nesse momento em razão de diversos fatores, sendo um dos principais a falta de estrutura dos órgãos responsáveis pela execução da pena. A ausência de casas de albergado para o cumprimento do regime aberto é exemplo típico dessa falta de estrutura.

Assim, o indivíduo é condenado e durante o período em que fica encarcerado exercita apenas a finalidade retributiva da pena. Afinal, apesar de existirem poucas políticas criminais que incentivem programas e condutas visando a ressocialização, estas são dificilmente efetivadas. Ademais, não se pode sequer imaginar uma função preventiva, considerando que o criminoso não se intimida diante do atual sistema prisional, nem mesmo aquele que já cumpriu pena.

A consequência mais comum, resultante da ineficácia da pena é a reincidência criminal, a qual constata a falibilidade tanto da função ressocializadora, quanto intimidadora da pena em relação àquele indivíduo especificamente. Já no tocante aos demais indivíduos da sociedade, a função que utiliza o delinquentes como instrumento do Estado ao servir como exemplo ao povo para a desestimulação da prática delitiva também apresenta sinais de falência – as taxas de criminalidade estão aumentando a cada dia e dificilmente diminuindo.

O modelo punitivo utilizado no Brasil é alvo de muitas críticas, não importando o ângulo sob o qual é analisado, mas estas podem ser resumidas em uma única, a ineficácia da pena, que, devido ao desvio de sua finalidade, demonstra a falibilidade desse instituto como problema social. A consequência imediata da falência desse modelo é a reincidência.

Quando um indivíduo, que após ter cometido um delito, é penalizado espera-se que este esteja agora consciente de que aquela conduta praticada é reprovada pela sociedade, e, portanto, não volte a praticar qualquer conduta reprovável. No entanto, ao reincidir na prática de um delito significa que o sistema punitivo falhou, não sendo eficaz na reintegração daquele indivíduo à sociedade.

Nos últimos anos os índices de reincidência tem sido alarmantes, o aumento nas taxas de criminalidade, assim como a crescente prática de atos de violência nas ruas tem preocupado e amedrontado a população. A população cansada de ser constantemente vitimizada cobra do Estado aquilo que já é um de seus deveres básicos – a proteção da coletividade e a punição daqueles que atuam de forma contrária ao ordenamento jurídico.

A necessidade de acionar o Judiciário novamente em relação a uma mesma pessoa, por si só, já descaracteriza a função ressocializadora da pena, adotada no Brasil. Diante disso, surge a necessidade de adequar as penas previstas na legislação pátria às finalidades da pena adotadas pelo Brasil, de forma a torná-las realmente eficazes.

Para tanto, é necessário investir em políticas criminais que regenerem o delinquente (através, também, de estudos criminológicos e sociais que possibilitem sua ressocialização integral), assim como em programas sociais que visam a prevenção e em reformas estruturais tanto do Judiciário (principalmente quando se trata de celeridade processual) quanto do próprio sistema prisional.

4 CONCLUSÃO

A pena, assim como suas funções, decorre de características próprias de cada sociedade. Por esta estar em constante desenvolvimento a pena e suas finalidades devem acompanhá-la, de modo que sua aplicação deve ser objeto de constante discussão e reavaliação, sendo questão fundamental de política criminal, para que se adéque ao Estado Democrático de Direito.

As principais teorias são, sem dúvida, a teoria retribucionista (visa a punição do criminoso e tem a pena como um fim em si mesma), a teoria relativa (visa a prevenção da conduta criminosa e a ressocialização do agente), e por fim, a teoria mista (integra ambas as teorias), que se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro. Todas elas contribuíram para o aperfeiçoamento da aplicação da Lei como, por exemplo, o com princípio da proporcionalidade e a individualização da pena.

A teoria mista, justamente por reunir aspectos retributivos e preventivos, atende às limitações e princípios constitucionais, além das necessidades da coletividade. Entretanto, para que apresente os resultados preestabelecidos por seus precursores, é necessário que o Estado forneça a estrutura devida para a implantação e aplicação da mesma no nosso sistema punitivo. Portanto, reformas nos institutos prisionais, assim como no próprio Judiciário são apenas algumas fases do processo de adequação.

Ao Brasil, faz-se necessário apenas tornar eficaz as finalidades da pena, vez que sua falibilidade gera a falência do nosso sistema punitivo, que é fortemente evidenciada pela reincidência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Código penal comentado**. 6. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal, parte geral**. 18 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

JAKOBS, Günther. **Teoria da Pena e Suicídio e Homicídio a Pedido**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP. Manole, 2003.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014.

MATOS, João Carvalho de. **Prisão, liberdade e execução da pena: teoria e prática**. Campinas, SP. Servanda Editora, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Vol. 1, 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 15. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v. 1 (793 p.) ISBN 9788576266600

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

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da Reincidência Criminal**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2005.