

FINS DA PENA: A POSTURA DA DOUTRINA BRASILEIRA

Émerson de Oliveira LONGHI*

Cláudio Ribeiro LOPES*¹

RESUMO: Investiga-se a postura da doutrina brasileira acerca dos fins da pena, sua evolução histórica, passando pelas Escolas Penais, até se chegar às concepções unitárias contemporâneas.

Palavras-chave: Fins da pena; Doutrina brasileira.

ABSTRACT: To research the stance of Brazilian doctrine about the purposes of punishment and there historical development through Criminal Schools, till they reached the contemporary conceptions unit.

Key-words: End of sentence; Brazilian Doctrine.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca identificar os vários matizes da doutrina brasileira acerca da teoria dos fins da pena. Interessa, em princípio, destacar os posicionamentos de autores vinculados à doutrina causalista para, em seguida, identificar entre as posturas finalistas quais fins da pena são apresentados com caráter de proeminência em detrimento daqueles legados a segundo plano. Com efeito, a alocação dos fins da pena dentro das categorias estruturais do delito ou numa outra categoria, alheia à configuração delitiva, deve guardar conseqüências extremamente importantes do ponto de vista científico, se se pretende construir um Direito Penal minimamente garantista;

⁹¹ Mestrandos em Direito Penal Supra-Individual pela Universidade Estadual de Maringá

não se pode esquecer que há postura que nega quaisquer fins ou justificação jurídica à pena criminal, sendo relevante destacá-la até para investigar suas premissas e conseqüências.

2 ESCORÇO HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PENA

Basicamente, é possível dividir a história da pena em cinco períodos: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e científico (SHECAIRA; CORREA JR., 2002, p. 23).

Todavia, Luiz Regis Prado destaca que as fases da História Penal não são estanques e que seria possível resumir a três os períodos de evolução da justiça punitiva: primeira, segunda e terceira épocas, principiando da concepção da pena como um meio de aplacar-se a cólera divina ofendida pelo crime, passando pela concepção da pena como a vingança de sangue entre tribos, para culminar com a idéia de pena como a reação estatal diante da vontade individual transgressora da vontade coletiva da qual o próprio Estado é representante (PRADO, 2006, p. 64).

Nessa perspectiva, isto é, quer adotando o critério resumido, como o ampliado, nota-se que de princípio puniam-se os infratores em virtude de uma concepção teocrática (totêmica) de Direito Penal (BITENCOURT, 2002, p. 21), muito embora haja quem identifique as origens da pena na vingança pessoal decorrente do instinto de conservação individual (FERREIRA, 1997, p. 7).

Não obstante, forçoso é concluir que a concepção mais clara de pena criminal¹ destaca-se por uma reação coletiva (DOTTI, 1998, p. 31), principalmente em decorrência das relações totêmicas. Nessa fase, a pena

¹ Neste sentido, trata-se de um pleonasma, pois, à idéia de pena é imanente o conteúdo criminal. Aqui, adota-se provisoriamente tal concepção apenas com o escopo de destacá-la da vingança privada

apresentava um caráter eminentemente sacral (SHECAIRA; CORREA JR., 2002, p. 25). É interessante destacar que, nessa linha, a idéia de punição do transgressor como uma expiação perante a divindade, revela-se como um imperativo efetivamente categórico, a fim de afastar os castigos místicos da comunidade. Tanto é assim que, ainda que não se conseguisse descobrir o verdadeiro agente, a punição deveria recair sobre qualquer outro, inclusive por meio de processos probatórios de natureza mística².

Num momento posterior, evidencia-se a vingança pública, que poderia ocorrer por meio de castigos cruéis, entre os quais figurava a morte do condenado, a expulsão (perda da paz) e até mesmo penas de composição para delitos menos graves, principalmente pelo surgimento de um princípio de proporcionalidade talional (DOTTI, 2005, p. 125).

Destacam, ainda, a existência da composição no Código de Hammurabi, durante o Império Babilônico (Medo-Persa), o Código de Manu, na Índia, do qual se destacava principalmente a estratificação social de suas punições, naturalmente, diante do modelo de castas sociais ali adotado (SHECAIRA; CORREA JR., 2002, p. 27).

Referidos autores destacam, também, a importância grega através de um embrião de reflexão sobre os fundamentos do direito de punir e as possíveis finalidades da pena, a partir do pensamento dos filósofos Platão e Aristóteles (SHECAIRA; CORREA JR., 2002, p. 29).

Por outro lado, o período de influência Romana também legou instrumentos de limitação punitiva, principalmente a partir da vigência da Lei das XII Tábuas, o primeiro Código Romano escrito. (PRADO, 2006, p. 65).

Entre os bárbaros germânicos, ainda segundo este último autor, a pena evoluiu a partir da vingança de sangue, que se destinava ao restabelecimento da honra do grupo familiar ofendido, a faida, que consistia na

² Não se desconhece a utilização pelos hebreus de duas pequenas pedras, denominadas urim e tumim, com as quais era lançada a sorte para a resolução de uma série de casos, incluindo-se eventual descoberta do pretense criminoso. Neste sentido, vide o capítulo 7º do Livro Bíblico de Josué.

entrega do agressor à família da vítima ou a seus parentes para o exercício do direito de vingança, a expulsão, que designava o condenado como um animal (werwoll), até chegar gradativamente às penas de multa (PRADO, 2006, p. 68-69).

Durante a Idade Média predominou o Direito Penal Canônico, cujo mérito foi o de consolidar a pena pública em detrimento das concepções bárbaro-germânicas (SHECAIRA; CORREA JR., 2002, p. 31). Outro mérito, de importância mais acentuada, é a constatação de que com o direito canônico iniciou-se a preocupação acerca dos fins da pena (DOTTI, 1998, p. 36).

A Idade Moderna trouxe inúmeros problemas sócioeconômicos, fruto da quebra do sistema de produção e das inúmeras guerras religiosas; assim, com o empobrecimento generalizado da população européia, principalmente, o número de delinquentes cresceu vertiginosamente. Alie-se a tais eventos, num período mais recente, a revolução industrial inglesa e sua necessidade de captar mão de obra barata, o que teria levado à utilização do Direito Penal como um instrumento de segregação social (SHECAIRA; CORREA JR., 2002, p. 32).

Contudo, a partir do Iluminismo, inicia-se o período de reforma penal fulcrado em princípios humanitários. A partir daí, isto é, como contraponto aos excessos cometidos na Idade Média, a Ilustração desvincula a questão punitiva das preocupações religiosas e éticas (PRADO, 2006, p. 76-77).

Nesse contexto, ergue-se a Escola Clássica do Direito Penal, alcunhando a concepção de pena não mais como mero castigo, antes, como retribuição. Eis aí o surgimento do período científico desenvolvido a partir dos clássicos, como Carrara e, com intensa evolução em decorrência dos trabalhos dos positivistas, como Lombroso, Garofalo e Ferri.

3 AS ESCOLAS PENAIS E OS FINS DA PENA

Interessa procurar delinear, a partir da síntese

históricoevolutiva da pena, a relação que se pode observar entre as Escolas Penais, que inegavelmente são a base da evolução da ciência penal e as teorias dos fins da pena.

Com efeito, Basileu Garcia, ainda que como dogmático não tenha explicitamente manifestado adesão a qualquer das teorias dos fins da pena, apresenta interessantes apontamentos sobre as doutrinas e escolas penais e sua contribuição ou mesmo adesão a algum dos fins da pena.

Segundo este autor, é possível identificar na Escola Clássica duas posturas distintas: autores que manifestam adesão ao grupo das teorias mistas (eccléticas ou unitárias) e aqueles que preponderaram para o grupo das teorias absolutas.

Entre os autores clássicos partidários do primeiro grupo, isto é, os unitaristas, Basileu Garcia destaca Pellegrino Rossi, Carmignani e Francesco Carrara (GARCIA, 1954, p. 75-77). Como se sabe, a Escola Clássica deriva da doutrina filosófica do livre arbítrio: para os clássicos, “os homens são todos sensivelmente iguais” (GARCIA, 1954, p. 80), motivo pelo qual o delito pode ser explicado em razão da “vontade inteligente e livre dos homens, porque êles têm liberdade moral” (GARCIA, 1954, p. 80). Nesta perspectiva, a responsabilidade moral da qual o livre arbítrio constitui essência, configura o fundamento da responsabilidade penal. (GARCIA, 1954, p. 83). De conseguinte, o classicismo manifesta a possibilidade de adesão a um grupo teórico retributivista, quer de forma absoluta, quer sob modelo relativizado, nos moldes unitaristas.

Havia uma grande preocupação dos clássicos em identificar e distinguir a noção de mérito e demérito das ações humanas, o que gerava uma série de críticas destes para com os positivistas. O determinismo, segundo os clássicos era extremamente perigoso porque abalava substancialmente o direito penal por não estar atrelado à vontade humana como fundamento da responsabilidade penal, mas a fatores pessoais do delinquente (GARCIA, 1954, p. 81).

Neste sentido, alijar a responsabilidade penal do conteúdo subjetivo da vontade humana configura postura inaceitável se se parte da premissa fundamental de um Direito Penal garantista. Assim, é conseqüente afirmar que a tese positivista pura está mais para um Direito Penal do autor do que para um modelo de subsistema penal que se fundamenta em pressupostos de responsabilidade penal subjetiva. Nesta perspectiva, o determinismo negaria o princípio da culpabilidade o qual, segundo Luiz Regis Prado “abarca o da responsabilidade penal subjetiva, como parte de seu conteúdo material em nível de pressuposto da pena”.(PRADO, 2006, p. 31).

De conseguinte, ainda que não se adote a postura clássica, não se pode olvidar que a postura positivista está muito mais relacionada com um direito penal antidemocrático e não liberal, fundado em premissas dificilmente demonstráveis, até porque a concepção de um tipo criminoso nato tem se revelado extremamente inadequada do ponto de vista antropológico no decorrer da história humana.

Por outro lado, em oposição à tese do livre arbítrio, os positivistas encontraram no determinismo a explicação para a gênese do delito e, partindo dessa premissa, filiaram-se ao grupo das teorias relativas, de forma absolutamente conseqüente com sua premissa, isto porque, para o positivismo “a vontade humana não é causa de nossos atos” (GARCIA, 1954, p. 82). Logo, o positivismo “assentou outro conceito de responsabilidade: o de responsabilidade social” (GARCIA, 1954, p. 83), sendo necessário recordar que o positivismo nasce a partir de investigações sobre o criminoso nato (GARCIA, 1954, p. 79), negando de forma peremptória a liberdade das ações humanas. A proposta positivista, portanto, convergia significativamente para as teorias de prevenção tendo como mote a defesa social (GARCIA, 1954, p. 85).

Assim, destaca-se que a doutrina Beccariana relaciona-se com as teorias relativas da pena. Referido autor chega mesmo a afirmar que Beccaria foi “o fundador do ponto de vista utilitário nas doutrinas penais” (GARCIA, 1954, p. 67). Afirma, ainda, esse autor que também compõem o rol de

utilitaristas, isto é, pertencentes ao grupo dos relativistas (prevencionistas), os positivistas Bentham, Feuerbach, Romagnosi e Florian (GARCIA, 1954, p. 67), destacando que Bentham e Feuerbach “emprestam maior importância à prevenção geral, à função da pena que se relaciona com a intimidação” (GARCIA, 1954, p. 68). Aliás, de Feuerbach “sobressai a noção do influxo intimidativo, que insiste ser predominante. A pena, para ele, tem principalmente em vista exercer a coação psicológica, mediante a ameaça penal. E através da execução se confere seriedade à ameaça” (GARCIA, 1954, p. 69).

Na linha positivista, Basileu Garcia destaca a figura de Carlos David Augusto Roeder que, dando especial ênfase ao papel exclusivo de emenda conferido à pena, lançou as bases para a configuração e legitimação da sentença indeterminada (GARCIA, 1954, p. 70-71), ponto fulcral para o desenvolvimento do correccionalismo espanhol que teve em Dorado Montero, Concepción Arenal e Luis Jimenez de Asúa seus principais teóricos (GARCIA, 1954, p. 71-73).

Ponto de destaque da Escola Positivista e que guarda relação com os fins relativos (utilitários) da pena é a busca pela classificação dos criminosos, o que pode destacar, neste aspecto, uma evidência da prevenção especial (GARCIA, 1954, p. 96).

Pode-se afirmar, de outra sorte, que as concepções unitárias encontram maior exposição por meio da Terceira Escola Italiana, dentre os quais destacam-se Alimena e Carnevale (GARCIA, 1954, p. 105-106) e, sobretudo, com a denominada Escola da Política Criminal, com Von Liszt, Prins e Stooss (GARCIA, 1954, p. 106). Neste sentido, “os ecléticos sustentaram, tal como queria a Escola Positiva, a necessidade das investigações de ordem antropológica e sociológica, [...] mas, por outro lado, [...], repeliram a concepção de criminalidade congênita e consideraram o delito juridicamente” (GARCIA, 1954, p. 106), sugerindo novas bases para a responsabilidade penal que subtraíam do direito penal inúmeras questões insolúveis relacionadas à metafísica. (GARCIA, 1954, p. 107).

Desta forma, tornou-se possível fundar a responsabilidade

penal na “possibilidade, que desfruta o homem com suficiente desenvolvimento mental e psiquicamente são, de conduzir-se socialmente” (GARCIA, 1954, p. 108), conforme Von Liszt. Tal desenvolvimento foi importante para concretizar o instituto das medidas de segurança no âmbito penal, adequando as hipóteses de imputabilidade e responsabilidade penal.

Por outro lado, Prins contribuiu significativamente com as correntes ecléticas ao delinear e advertir que, muito embora fosse insolúvel a questão entre determinismo e livre arbítrio, não se poderia prescindir da noção de liberdade, fazendo com que se entendesse que “no mundo em que vivemos a liberdade é relativa e, conseqüentemente, a responsabilidade é também um conceito relativo”. (GARCIA, 1954, p. 108).

Não se pode olvidar da contribuição do tecnicismo jurídico, que tem em Arturo Rocco, Manzini, Massari e Vannini seus principais expoentes. A idéia central desta Escola Penal é a preocupação com o estudo da lei, abstraindo-se as indagações de natureza filosófica. Tal postura fez com que esta Escola se aproximasse da Clássica, porém, reafirmando o afastamento de qualquer análise metafísica do delito, insistindo na configuração da imputabilidade na capacidade de querer e entender do ser humano (GARCIA, 1954, p. 112), o que relativiza, de certa forma, a idéia dos fins de prevenção (os quais, em si nada justificam), podendo servir como um limite à concepção de emenda do delinqüente.

4 FINS DA PENA NA DOCTRINA BRASILEIRA

A Doutrina Nacional, de forma generalizada, habituou-se a separar em três grandes grupos as teorias que procuram justificar a pena. Dita justificativa, usualmente, se dá a partir dos fins perseguidos mediante a imposição da pena.

Em princípio, têm-se as teorias denominadas absolutas:

apregoam que o fim da pena é a retribuição, isto é, a aplicação do mal representado pela pena ao mal consubstanciado pelo crime (PRADO, 2004, p. 145).

Num primeiro momento, destaca-se a retribuição ética ou moral de Kant (JUNQUEIRA, 2004, p. 42), em que a pena comparece como um imperativo categórico de justiça, alheia, portanto, a quaisquer fins utilitários.

Num segundo momento, Hegel estabelece a retribuição jurídica, no sentido de que a pena corresponde à negação da negação do direito, portanto, à afirmação do direito, uma vez que o crime é a negação do direito (MIRABETE, 2001, p. 244).

Assim, para Cezar Roberto Bitencourt, a retribuição em Kant é ética, mas, em Hegel, é jurídica (BITENCOURT, 2002, p. 69). Ainda, segundo esse autor, Hans Welzel teria adotado uma postura retribucionista (BITENCOURT, 2002, p. 74).

No Brasil, expressamente declaram sua adesão ao retributivismo puro Renato Flávio Marcão, Bruno Marcon (MARCÃO; MARCON, 2001, p. 546) e Paulo José da Costa Junior (COSTA JR., 1997, p. 142).

Há que se entender que o retributivismo ora destacado dista muito da proposta original, quer de Kant, como de Hegel. Em verdade, afeiçoa-se bastante à idéia elementar deste último, como a reafirmação do direito que fora negado com a conduta criminosa.

Um segundo grupo de teorias, as chamadas relativas, destaca o utilitarismo penal, ou, melhor dizendo, os fins de prevenção da pena.

Nesse grupo é possível encontrar Jair Leonardo Lopes (LOPES, 1999, p. 178), Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior (SHECAIRA; CORREA JR., 2002, p. 148)³, Vicente Sabino Júnior (SABINO JR., 1967, p. 293)⁴, Aníbal Bruno (BRUNO, 1984, p. 27), Heleno Cláudio Fragoso (FRAGOSO, 1991, p. 276-279), Roberto Lyra (LYRA, 1942, p. 51), Antônio José Miguel Feu

³ Esses autores acatam, expressamente, a teoria da prevenção geral positiva integradora, permeada por critérios de proporcionalidade e culpabilidade, além da teoria especial positiva.

⁴ Para esse autor, a função da pena é segregar e corrigir; destaca a prevenção especial positiva.

Rosa (ROSA, 1995, p. 411;414), Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2002, p. 90), Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 102) e Hidemberg Alves da Frota (FROTA, 2003, p. 154) etc.. Aliás, esse último autor tece críticas às teorias da prevenção geral positiva fundamentadora, taxando-a de fomentadora do simbolismo penal, bem como, a prevenção especial positiva, porque ignora os não-reincidentes e viola a liberdade de pensamento e escolha do preso. Critica, também, a prevenção geral negativa, destacando que a hipertrofia legislativa eliminaria tal efeito intimidatório. Não obstante, acolhe a prevenção geral positiva limitadora, por entendê-la garantista.

Mais recentemente, Alceu Corrêa Junior parece haver alterado seu posicionamento anterior, com o qual se alinhava a Sérgio Shecaira, ao declarar que os fins da pena encontram-se justificados pela “prevenção geral positiva ou integradora, permeada por critérios de proporcionalidade e culpabilidade, secundada pela perspectiva de reinserção social (prevenção especial positiva)” (CORREA JR., 2006, p. 126). Com efeito, tal postura, ainda que o autor não se alinhe explicitamente ao grupo neo-retributivista, certamente demonstra em suas conclusões estar cientificamente alinhado à proposta de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho, abaixo melhor delineada.

Destaca-se, ainda, uma proposta única e diferenciada – a nova prevenção (ZACKSESKI, 2000, p. 167-191). A referida autora, partindo da premissa de que existe uma crise da prevenção geral, fundada nos déficits do sistema de justiça criminal, entre os quais destaca sua seletividade estrutural, a aptidão do sistema a “dar uma resposta penal simbólica e não instrumental ao fenômeno da criminalidade e à insegurança urbana”, acaba por defender uma proposta neo-preventiva que desloca o enfoque da prevenção penal para um momento anterior à prática da infração e que se realiza por meio de instrumentos não-penais (ZACKSESKI, 2000, p. 176). Dessa forma, “reafirma que não somente os comportamentos definidos como crime pela lei penal que ocuparão o centro da nova abordagem” (ZACKSESKI, 2000, p. 177).

Com efeito, tal proposta está mais relacionada aos âmbitos da criminologia e da política criminal do que ao círculo da dogmática penal. A própria autora reconhece, em nota de rodapé, que “a nova prevenção limita-se aos objetivos clássicos da prevenção, que são aqueles concernentes às agressões à integridade física da pessoa humana e ao patrimônio” (ZACKSESKI, 2000, p. 177, nt. 46). Eis aí um evidente equívoco que não pode ser superado: a limitação do espectro de abrangência epistemológica da teoria – os “problemas da microcriminalidade urbana” (ZACKSESKI, 2000, p. 178), deixando ao largo a fundamentação quanto a bens jurídicos supraindividuais, temática extremamente palpitante na atualidade no mundo todo. De conseguinte, tal teoria revela-se imprestável sob a perspectiva de se tentar fundamentar os fins preventivos da pena criminal, até porque, seu ponto fulcral reside no aprofundamento das alternativas ao subsistema penal (ZACKSESKI, 2000, p. 176), negando-lhe legitimidade.

O terceiro grupo de teorias é designado por mistas, ecléticas ou simplesmente, unitárias.

Este grupo congrega uma série de autores que, em comum, têm o fato de mesclar a concepção retributiva (basicamente hegeliana) com os fins preventivos, gerais e/ou especiais da pena. Nesse último grupo encontram-se Bento de Faria (FARIA, 1958, p. 279-280), José Frederico Marques (MARQUES, 1956, p. 109), Magalhães Noronha (NORONHA, 1999, p. 227), Wiliam Wanderley Jorge (JORGE, 1986, p. 468), Flávio Augusto Monteiro de Barros (BARROS, 2004, p. 435), Ricardo Antonio Andreucci (ANDREUCCI, 2004, p. 102), Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (JUNQUEIRA, 2004, p. 113-114), Vicente de Paula Rodrigues Maggio (MAGGIO, 2001, p. 173-174), Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2006, p. 359-360), Julio Fabbrini Mirabete (MIRABETE, 2001, p. 245), René Ariel Dotti (DOTTI, 2005, p. 433-434), Francisco de Assis Toledo (TOLEDO, 2000, p. 70), Miguel Reale Júnior (REALE JR., 2004, p. 11), entre outros.

Ainda, neste grupo, destacam-se os ecléticos neoretributivistas,

como Luiz Regis Prado (PRADO, 2006, p. 536-537), Érika Mendes de Carvalho (CARVALHO, 2005, p. 145), Eduardo Reale Ferrari (FERRARI, 2001, p. 56), Denise Hammerschmidt (HAMMERSCHMIDT, 2005, p. 219), entre outros tantos.

O pensamento neo-retributivista centra-se na identificação da similitude entre a prevenção geral positiva enquanto exemplaridade – reafirmação da norma – e a idéia de retribuição como exigência de sua própria limitação, que não pode prescindir da culpabilidade, vez que, segundo Luiz Regis Prado, “o delito praticado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade” (PRADO, 2004, p. 156).

Nesta perspectiva, segundo Érika Carvalho, “uma concepção da prevenção geral positiva que adjudique à pena somente o significado de afirmação da vigência das normas não está associada à exigência de proporcionalidade entre a pena e o injusto culpável” (CARVALHO, 2005, p. 124).

Neste sentido, a pena retributiva, isto é a pena justa – aquela calcada no injusto culpável e matizada pelos fins de prevenção geral e especial, os quais devem comparecer inseridos na categoria autônoma da punibilidade, alheia à configuração do delito, – representa o resgate da concepção da dignidade humana, pois, somente esta pena apresenta condições de conjugar os fins de expiação enquanto compensação da culpabilidade do agente com a retribuição jurídica, possibilitando, ao mesmo tempo, que tais efeitos sejam relativizados pelos fins de prevenção, como adverte Luiz Regis Prado (PRADO, 2004, p. 154-158).

Com efeito, parte-se da premissa de que a retribuição constitui a essência da pena e não configura um fim em si mesma; por outro lado e, conseqüentemente, a proposição que aloca os fins da pena, compreendidos aqui os fins de prevenção, gerais e especiais, numa categoria alheia à estruturação do delito, revela-se coerente com a postura estritamente finalista também adotada

pelos autores deste ensaio.

Veja-se que os fins de prevenção encontram-se umbilicalmente atrelados às razões de política criminal. Como, quando, por que e quanto punir são indagações que se encontram ligadas às concepções sociais, portanto, voláteis e cambiantes. Daí que para se resguardar a segurança jurídica, indispensável à configuração de um modelo de subsistema penal minimamente garantista do ponto de vista da teoria jurídica do delito, a punibilidade deve estar alheia à configuração do conceito de delito, portanto, para além do injusto culpável, numa concepção estrita de delito. Nesta perspectiva, a punibilidade poderá agregar todos os elementos cambiantes que derivam das razões de política criminal, como, por exemplo, os fins da pena (aqui compreendidos como os fins preventivos, posto que irão matizar a retribuição), as condições de punibilidade, positivas e negativas e as hipóteses de comportamento pós-delitivo positivo. Neste sentido, é possível e conseqüente assimilar uma concepção ampla de punibilidade, compartilhando das idéias de Érika Carvalho (CARVALHO, 2005, p. 130), abarcando todos esses componentes da política criminal, mas, mantendo-se um conceito estrito de delito enquanto ação ou omissão humana típica, antijurídica e culpável.

Postos os três principais grupos teóricos, resta pontuar que alguns autores, entretanto, limitam-se a apenas relatá-los, não expressando qualquer tomada de posição em relação às teorias.

Assim, tal postura pode ser encontrada em Basileu Garcia (GARCIA, 1954)⁵, Damásio de Jesus (JESUS, 2003, p. 519), Ney Moura Teles (TELES, 2004, p. 320-325), Paulo Queiroz (QUEIROZ, 2005, p. 69-84) e Nilo Batista (BATISTA, 2001, p. 111-116).

Por final, resta destacar a postura de Salo de Carvalho, que defende uma teoria agnóstica da pena como expressão de um modelo penal garantista. Para esse autor, o fundamento da pena é político, não jurídico; de

⁵Esse autor, conforme já mencionado, apenas limita-se a discorrer sobre as escolas penais e os fins da pena, não adotando expressamente nenhuma postura.

consequente, não se pode fundamentá-la do ponto de vista jurídico e racional (CARVALHO, 2002, p. 29). Apóia suas conclusões no pensamento de Tobias Barreto e afirma que o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político (CARVALHO, 2002, p. 31). Para o autor, “o modelo garantista de percepção da pena se estrutura na máxima estabelecida por Barreto, ou seja, de que a pena é ato político e de que o direito, com limite da política, é o parâmetro negativo da sancionabilidade” (CARVALHO, 2002, p. 32).

Efetivamente, não se pode deixar de realizar objeções ao pensamento deste último autor. A idéia de uma teoria agnóstica da pena em verdade não compartilha de um modelo garantista de subsistema penal.

Veja-se que enquanto Salo de Carvalho manifesta uma não justificação da pena como forma de se atingir um modelo garantista de direito penal, em verdade, está assumindo, inconscientemente, uma postura justificativa inserida no grupo das teorias absolutas da pena.

Para tal posição, segundo Luiz Regis Prado, “a pena se justifica em termos jurídicos exclusivamente pela retribuição, sendo livre de toda consideração relativa a seus fins” (PRADO, 2006, p. 526). Com efeito, é conseqüente concluir que, muito embora aquele autor defenda uma não justificação teórico-jurídica da pena, ao preconizar tal posicionamento, se aproxima das teorias retributivas puras, as quais negam quaisquer fins à pena. Em verdade, a proposta de Salo de Carvalho é autofágica.

Se se parte da premissa de que a retribuição é essência da pena, não se pode negar que a pena também apresenta um conceito político, mas não exclusivamente. A fundamentação racional da pena não é dada por sua essência, mas, fundamentalmente, pela construção jurídica de seu conceito (que não é meramente político) e de seus fins utilitários, os quais comparecem para funcionar como freios e contrapesos justamente da essência retributiva da pena.

Frise-se que não se trata de uma “busca metafísica de legitimação do ilegítimo” (CARVALHO, 2002, p. 36), como pretende Salo de

Carvalho. Trata-se de uma necessidade de justificar a pena – e o próprio Direito Penal – à luz de um modelo de Estado de direito, democrático e social, portanto, garantista.

Nesta perspectiva, a teoria agnóstica da pena pende para um Direito Penal antidemocrático e, portanto, não garantista, revelando-se um retrocesso, pois, coaduna-se com os postulados absolutamente retributivos, posição esta inaceitável, uma vez que não é capaz de apresentar o injusto culpável como o fundamento e limite da pena, nem apresentar os fins de prevenção como meios de se matizar a retribuição. Conclui-se, de conseguinte, que a referida teoria agnóstica é, na verdade, expressão de um autoritarismo penal e não o que propugna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, é possível concluir:

1. A doutrina brasileira, de forma generalizada, acata os três principais grupos de teorias sobre os fins da pena.
2. Identifica-se certa predominância dos autores pela adesão ao grupo das teorias unitárias, sendo certo que isto parece haver se tornado mais claro a partir da reforma penal de 1984, diante da disposição do artigo 59, do Código Penal;
3. Dentro do grupo dos autores unitaristas (ecléticos), destaca-se o posicionamento neo-retribucionista, que alude à pena retributiva relativizada por critérios de prevenção geral e especial positivos. Nessa perspectiva, restaria concluir coerentemente com a postura estritamente finalista adotada que as considerações de caráter preventivo estariam localizadas na categoria da punibilidade, fora, portanto, à estrutura do injusto culpável, para se conferir segurança jurídica à teoria jurídica do delito;

4. Ainda, há um pequeno número de autores que não identificam em suas obras uma tomada de posição em relação à filiação a qualquer dos grupos citados;

5. A proposta neo-preventiva de Cristina Zackzeski não pode ser aceita, pois, está mais relacionada aos âmbitos da criminologia e da política criminal do que ao círculo da dogmática penal, bem como, por apresentar limitação do espectro de abrangência epistemológica – os problemas da microcriminalidade urbana, deixando ao largo a fundamentação quanto a bens jurídicos supra-individuais, temática extremamente palpitante na atualidade. Por fim, tal teoria revela-se imprestável sob a perspectiva de se tentar fundamentar os fins preventivos da pena criminal, até porque, seu ponto fulcral reside no aprofundamento das alternativas ao subsistema penal, negando-lhe legitimidade, posição esta com a qual não compartilha-se neste ensaio.

6. De forma absolutamente isolada, Salo de Carvalho defende uma teoria agnóstica da pena, em que não busca fundamentá-la juridicamente ou racionalmente, vale dizer, em relação aos fins perseguidos. Para este autor, a pena não encontra sustentação no direito, por se tratar de um ente político. Obviamente tal postura é rechaçada neste trabalho, sendo conseqüente afirmar que a teoria agnóstica da pena representa uma postura não garantista e um retrocesso às teorias puramente retributivas, visão esta inconciliável com o atual modelo de Estado brasileiro. A proposta de Salo de Carvalho é autofágica, pois, pretende não justificar a pena do ponto de vista jurídico, mas, ao tentar fazê-lo, incide num erro capital, uma vez que sua base teórica é retributiva por excelência. Com efeito, a retribuição não é um fim da pena, segundo a concepção aqui adotada; é, antes, sua própria essência, não servindo para justificá-la, isoladamente.

De conseqüente, qualquer proposta que prescindia do injusto culpável enquanto fundamento e limite da pena retributiva, sendo esta relativizada pelos fins de prevenção, tende a desbordar para um direito penal

não garantista, incompatível com um modelo de Estado de direito, democrático e social.

7. Do ponto de vista estritamente finalista, aqui adotado, os fins da pena devem ser alocados na categoria da punibilidade, pressuposto circunstancial da pena na visão de Érika Carvalho, compartilhada neste trabalho, encontrando-se esta categoria desvinculada da estrutura fundamental do delito, portanto, consistindo numa concepção estrita do conceito de delito que resultará numa concepção ampla de punibilidade, categoria na qual se encontrarão não apenas os fins da pena, vinculados às razões de política criminal, mas, também, outros elementos, dentre os quais as condições de punibilidade (positivas e negativas) e as hipóteses de comportamento pósdelitivo positivo, como meio de se assegurar a segurança jurídica imprescindível à teoria do delito.

BIBLIOGRAFIA

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 3. ed., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**: volume 1. 4.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**: volume 1. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**: tomo 3º: pena e medida de segurança. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. 3.

CARVALHO, Érika Mendes. Punibilidade e fins da pena. Ciências Penais –

Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. São Paulo, RT, ano2, n.3, p. 123-146, jul/dez, 2005.

CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: o modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à execução penal:** doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco penal:** alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

_____. & SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: RT, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Comentários ao código penal.** 5. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

DELMANTO, Celso et alli. **Código penal comentado.** 6. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal:** parte geral. 2. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

FARIA, Bento de. **Código penal brasileiro (comentado):** volume II: primeira parte: parte geral: arts. 1 a 41. 2. ed., atualizada. Rio de Janeiro: Récord Editora, 1958.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito.** São Paulo: RT, 2001.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** a nova parte geral. 13. ed., rev. e atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FROTA, Hidemberg Alves da. Lineamentos sobre a teoria da prevenção geral da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, RT, ano 11, n. 45, p. 134-158, outubro/dezembro de 2003.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**: volume I: tomo I. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1954.

HAMMERSCHMIDT, Denise. Sanção penal e pessoa jurídica na lei dos crimes ambientais brasileira: algumas considerações. **Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo, ano 2, n.3, p. 212-238, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral; 27. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva 2003, v. 1.

JORGE, Wiliam Wanderley. **Curso de direito penal**: volume I: parte geral. 6. ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri/SP: Manole, 2004.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal**: parte geral. 3. ed., rev.e atual. São Paulo: RT, 1999.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**: volume II: arts. 28 a 74. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120. 2. ed., rev., atual e ampl. Bauru/SP: Edipro, 2001.

MARCÃO, Renato Flávio & MARCON, Bruno. Rediscutindo os fins da pena. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, n. 786, p. 531-546, abr. 2001.

MARCON, Bruno & MARCÃO, Renato Flávio. Rediscutindo os fins da pena. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 90, n. 786, p. 531-546, abr. 2001.

MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**: volume III: o delinqüente – a sanção penal – a pretensão punitiva. São Paulo: Saraiva, 1956.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120: volume 1. 17. ed., rev. e atual. até outubro de 2000. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: volume 1: introdução e parte geral. 34. ed., atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

PIERANGELI, José Henrique & ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., ver. e atual. São Paulo: RT, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 6. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Comentários ao código penal**: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 3. ed., ref., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Teoria dos fins da pena: breves reflexões**. Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais. São Paulo, RT, ano 1, n. 00, p. 143-158, 2004.

_____. **Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 89, n. 776, p. 440-452, jun. 2000.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 2. ed, rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral: volume II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito penal**: parte geral. 1. ed. São Paulo: RT, 1995.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito penal**: v. 1: parte geral. 1.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

SHECAIRA, Sérgio Salomão & CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: RT, 2002.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120, v. 1. São Paulo, Atlas, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ZACKSESKI, Cristina. Da prevenção penal à “nova prevenção”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 8, n. 29, p. 167-191, jan.mar/2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

