

BREVE ESTUDO SOBRE AS TEORIAS DOS FINS DA PENA: um olhar histórico-contemplativo sobre a realidade contemporânea.

CLÁUDIO RIBEIRO LOPES

Mestre em Direito (Tutela de Direitos Supraindividuais) pela UEM
Professor Assistente da UFMS (DCS/CPTL) – Direito – Campus de Três Lagoas

Maísa Burdini Borghi

Rafaella Marques de Oliveira
Discentes do 4º período do Curso de Direito da UFMS – Campus de Três Lagoas

RESUMO

As teorias dos fins da pena buscam demonstrar os fundamentos e justificativas das consequências jurídicas impostas para quem pratica uma infração penal. Este artigo propõe analisar as teorias existentes, bem como, fazer um estudo sobre a evolução histórica e os aspectos contemporâneos relativos aos fins da pena.

Palavra-chave: Pena, retribuição, prevenção, convenção.

INTRODUÇÃO

Devido a constante necessidade social pela existência de sanções penais em todas as épocas e culturas deu-se origem a pena e ao Direito Penal.

Ao Direito Penal se tem incumbido como responsável pela resolução de diversas questões que envolvem a criminalidade e a necessidade de efetivar alguma forma de controle social. Essa tentativa de solução pode ser representada pelas teorias da pena, que representa a principal forma de reação estatal contra os delitos, pelo fato de um ato considerado por lei um crime trazer consigo uma exigência relativa de punibilidade.

São várias as teorias que buscam justificar os fundamentos e fins da pena, que se reúnem em três grupos: teorias absolutas, teorias relativas e teorias unitárias.

Este artigo apresenta como objetivo evidenciar pontos que estão relacionados com a necessidade e os fins da pena, junto a sua função social, tendo como ponto de partida a evolução histórica da pena.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

A história do Direito Penal se encontra dividida em períodos: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e científico. Devido a esse fato o estudo histórico da legislação penal deve ser feito de forma autônoma, separado do estudo das ideias penais de cada época (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 23).

Segundo Shecaira e Corrêa Junior a antiguidade é marcada como um período de vingança privada, pois a punição sempre era imposta como vingança, prevalecendo a lei do mais forte. A pena possuía um papel reparatório, pois, pretendia-se que o infrator se retratasse frente à divindade, dando a pena um caráter sacral (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 24).

Nessa perspectiva, cabia bem a auto-composição, conhecida como vingança de cunho pessoal, utilizada pelo ofendido em busca de sanar a lide, sendo essa faculdade de resolução, dada a sua força própria, grupo ou família, para, assim, conseguir exercê-la em desfavor do criminoso. A pena não obedecia ao princípio da proporcionalidade vez que em sua aplicação se subordinava aos interesses da família do acusado (DIAS, 2010, p. 2).

As civilizações do antigo oriente possuíam uma legislação penal caracterizada pela natureza religiosa de suas leis, originando-se da divindade. Nesse sentido, o agressor deveria ser castigado para aplacar a ira dos deuses e reconquistar a sua benevolência (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 26). Nitidamente, aqui, se coloca o infrator numa condição de ser expiatório, como um objeto alocado para aplacar a cólera dos deuses.

Com relação à pena em Grécia e Roma, é ressaltado o caráter sacro revelado nas obras dos grande trágicos gregos. Entretanto, algum tempo depois, a pena se torna pública, variando sua severidade de acordo com o tipo de delito. (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.28.)

Os gregos influenciaram sobremaneira o Direito Penal, pois foi a primeira civilização a se preocupar e refletir sobre os fundamentos do direito de punir e sobre as finalidades da pena, destacando-se Platão e Aristóteles, ainda que as sanções penais apresentassem caráter sacral. Em Atenas a lei penal se tornou antropocêntrica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p.163).

Tempos depois a Europa sofreu com as invasões dos povos denominados bárbaros, dando início à Idade Média. Inicialmente, com predomínio dos germânicos, os delitos eram punidos por meio da perda de paz, na qual se retirava a proteção social do condenado. Posteriormente, o Direito Penal germânico se tornou público, abandonando o caráter individualista que o marcava (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.30).

No século XVI ocorreu a queda de Constantinopla e o desaparecimento do feudalismo, surgindo a Idade Moderna. Houve inúmeras guerras religiosas com a pobreza se generalizando por toda a Europa e o número de delinquentes se elevou exponencialmente (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, p.31). Diante desses acontecimentos o Direito Penal foi usado como instrumento de segregação social por meio das penas de expulsão e trabalhos forçados em encanamentos para esgoto ou galés.

Já, no meado do século XVI, houve a construção de prisões para a correção dos condenados por delitos menores. Assim, o sistema de pena permanecia ainda baseado em penas pecuniárias, penas corporais e na pena capital (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.32).

Com o decorrer do tempo a Escola Positivista colocou o homem como centro do Direito Penal, dando à pena o escopo da ressocialização do delinquente. Os positivistas consideravam a pena mais que um castigo, um instrumento da sociedade e de reintegração do criminoso a ela (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.33).

A privação da liberdade como sanção penal difere da prisão na antiguidade para fins de custódia e contenção. Grécia e Roma não conheceram a privação de liberdade como forma de punir seus criminosos. Na Idade Média a pena seguiu sendo usada para os mais terríveis castigos. Já, durante a Idade Moderna, o surgimento da pena privativa de liberdade deu fim à crise da pena capital, que se demonstrou incapaz de reduzir a criminalidade (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.33).

No Brasil os povos indígenas adotavam valores culturais de punição condizentes à vingança de sangue, devido a isto as práticas punitivas desses indígenas nada influenciaram na legislação penal brasileira. No período imperial, em 1824, foi outorgada a primeira

Constituição brasileira, a qual previa a criação de um Código Criminal. Neste momento a prisão como pena substitui as penas corporais e mostra indícios de sua futura supremacia sobre as demais modalidades punitivas (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.40).

Devido à proclamação da Independência tornou-se necessário que se fizesse uma nova legislação penal, então, em 1830 Dom Pedro I sancionou o Código Criminal do Império, o qual apresentava índole liberal. Fixava-se na nova lei a individualização da pena, previa-se a existência e agravantes e atenuantes, e estabelecia-se um julgamento especial para menores de 14 anos de idade. No Brasil não havia separação entre a Igreja e o Estado, mas o Estatuto Penal possuía diversas figuras delituosas, representando ofensas à religião estatal (MIRABETE, 2006, p.24).

Em 1937 mudanças na área política influenciaram a legislação penal de maneira marcante sobre a finalidade da pena. O sistema de penas permaneceu com sua base firmada na pena de prisão além de multa e as penas acessórias como a publicação da sentença, a interdição temporária e a perda de função pública. Em 1963 as penas foram mantidas, com base na privativa de liberdade, estabelecendo-se regras para a execução penal, inclusive com a possibilidade de cumprimento em estabelecimento aberto. A finalidade da sanção penal se concentrava na prevenção especial e buscava-se recuperação social do condenado (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.42).

A Reforma Penal de 1984 elencou as penas cominando a privação da liberdade, a restrição de direitos e a pena pecuniária. Buscando mitigar os efeitos negativos da prisão criou-se o regime progressivo de estabelecimento mais ou menos rigoroso, de acordo com a conduta do sentenciado no cumprimento da pena (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p.45).

2 AS TEORIAS DOS FINS DA PENA

Juntamente ao delito seguem consequências jurídicas, como reações desse subsistema jurídico de controle social aplicáveis à prática de um injusto culpável. O Direito Penal moderno é responsável por ter as penas e as medidas de segurança como consequências jurídico-penais do delito (PRADO, 2004, p.144), muito embora seja tecnicamente preferível destacar que as medidas de segurança interferem no injusto e não no delito ou injusto culpável.

A pena é tida como a mais importante das consequências jurídicas do delito, por consistir na privação ou restrições de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal (PRADO, 2009, p.488).

Existem inúmeras teorias que buscam justificar seus fins e fundamentos, sendo didaticamente separadas em três grupos que são: absolutas, relativas e unitárias.

2.1 TEORIAS ABSOLUTAS

As compensações absolutas têm origem no idealismo alemão, sobretudo com a teoria de Kant. Essas teorias fundamentam a existência da pena apenas pelo delito praticado. O fim da pena é tido como exclusiva retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime (PRADO, 2009, p.489).

Assim, nessa perspectiva, as teorias pertencentes ao grupo absolutista apresentam como fundamento da sanção penal a exigência da justiça, preconizando a idéia de que a pena é o mal justo para punir o mal injusto praticado, isto é, o fato delituoso.

Dizia Kant que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. O castigo é imposto por uma exigência ética, não se tendo que vislumbrar qualquer conotação ideológica nas sanções penais. Para Hegel, a pena, razão do direito, anula o crime, razão do delito, emprestando-se à sanção não uma reparação de ordem ética, mas de natureza jurídica. (MIRABETE, 2002, p.244).

Percebe-se que tal teoria possui um caráter metafísico, intercalando-se entre divino, moral e jurídico. A pena era apenas retributiva, não havendo preocupação com a pessoa do delinquente, fato este que teria contribuído para a vulnerabilidade da teoria (MIRABETE, 2002, p.244).

Já, de acordo com determinado autor “a finalidade da pena é punir o autor de uma infração penal. A pena é a retribuição do mal injusto, praticado pelo criminoso, pelo mal justo previsto no ordenamento jurídico”. (CAPEZ, 2005, p.357).

2.2 TEORIAS RELATIVAS

De acordo com Mirabete, as teorias relativas defendem a prática da prevenção. A pena é uma forma de intimidação. O fim da pena é uma prevenção geral, quando intimida toda

a sociedade, e uma prevenção particular, quando impede que o delinquente pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o (MIRABETE, 2002, p. 244).

Há quem, de forma exageradamente sucinta, delineie que a pena possui um fim prático de prevenção geral ou especial do crime. A prevenção especial se dá porque a pena visa à readaptação e a segregação social do criminoso como forma de impedir que volte a delinquir; já a prevenção geral ocorre pela intimidação direcionada ao meio social (CAPEZ, 2005, p. 358).

As teorias relativas encontram o fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos (punitur ut ne peccetur) – concepções utilitárias da pena. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da Justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros. Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social (PRADO, 2004, p. 490).

Prado conceitua a prevenção geral negativa como forma de intimidação, um temor infundido no tecido social, capaz de deixá-lo afastado da prática delituosa. Modernamente é chamada de exemplaridade e tem como foco a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, orientando-se ao futuro, com o objetivo de evitar a prática de delitos.

É a chamada prevenção geral intimidatória, na qual a pena previne a prática delituosa porque intimida ou coage os destinatários. Subdivide-se em prevenção geral negativa, que é o temor produzido nos possíveis delinquentes e em prevenção geral positiva ou integradora, que é o reforço da consciência jurídica da norma e gera três efeitos: aprendizagem, confiança e pacificação social.

De seu turno, a prevenção especial atua sobre a pessoa do delinquente com o fim de evitar que volte a delinquir no futuro. É guiada pela periculosidade individual, buscando a sua diminuição ou eliminação. A idéia essencial é de que pena justa é pena necessária. Resume-se, portanto, que a prevenção geral se dirige à totalidade dos indivíduos da sociedade, enquanto a prevenção especial considera apenas o indivíduo em si (PRADO, 2004, p. 494).

2.3 TEORIAS UNITÁRIAS

Prado argumenta que as teorias unitárias na atualidade tentam conciliar a retribuição jurídica da pena com os fins da prevenção geral e especial. O relevante, modernamente, é que

a retribuição jurídica não desaparece, pelo contrário, se firma como relevante para a fixação da pena justa que tem na culpabilidade o seu fundamento e limite. Isso implica destacar a chamada neo-retribuição. “A pena justa é provavelmente aquela que assegura melhores condições de prevenção geral e especial” (PRADO, 2004, p.496).

Na concepção de determinado autor, “a teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória, a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva – *punitur quia peccatum est et ne peccetur*” (CAPEZ, 2005, p. 358).

Entendeu-se que a pena tem natureza retributiva e aspecto moral, mas, não possui apenas a finalidade de prevenção, antes, também, uma junção de educação e correção. A sanção penal deve conservar o caráter tradicional que possui, porém, adotar medidas extras em relação aos agentes, considerando a periculosidade de uns e a inimputabilidade de outros. São as chamadas medidas de segurança (MIRABETE, 2002, p.245).

3 CONCLUSÃO

A proposta do artigo foi mostrar em um retrospecto histórico sobre como as penas foram evoluindo e buscando uma maior humanização em relação às pessoas que infringiam as normas, já que, desde os primórdios até os dias atuais, a pena sempre teve um caráter predominantemente de retribuição e castigo, acrescentando uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso. Também foram expostas as três teorias dos fins da pena, teorias absolutas, relativas e ecléticas, procurando demonstrar de que forma elas influenciam a aplicação do Direito Penal contemporâneo.

Conclui-se que as teorias absolutas tem por finalidade a retribuição, a pena é vista como um castigo ao infrator das normas, enquanto as teorias relativas apregoam a pena apenas com um caráter de prevenção, buscando que o delinquente não volte a cometer novos crimes. Já, as teorias ecléticas, adotam a união das teorias absolutas e relativas, dizendo que não é permitido que haja uma hierarquia entre a retribuição e a prevenção, afirmando que ambas devem sempre ser aplicadas juntas, devido a isto, esse grupo teórico restou conhecido como teorias unitárias.

Nessa perspectiva, percebe-se que a grande maioria das doutrinas adota a teoria eclética, preconizando que uma pena justa é aquela proporcional à gravidade do delito juntamente com a culpabilidade do infrator da norma. A realidade demonstra que a pena é

necessária, como medida de justiça reparadora e impostergável, mas as duas finalidades adicionais, como prevenir a prática de novos delitos e promover a reinserção social do condenado, não são satisfatoriamente cumpridas.

Porém a individualização, personalização e humanização da pena são garantias constitucionais que asseguram ao delinquente um tratamento mais justo e racional. São princípios fundamentais da pena, assegurados nas normas constitucionais e imprescindíveis para que o Direito Penal alcance seus objetivos, se é que se pretende que esse Direito possa ser algo mais do que o mero exercício da força e da brutalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informações e documentação: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, ago. 2002. 7 p.

_____. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, ago. 2002. 24 p.

_____. **NBR 14724**: informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação. Rio de Janeiro, ago. 2002. 6p.

_____. **NBR 6024**: numeração progressiva das seções de documento. Rio de Janeiro, maio 2003. 2p.

_____. **NBR 6028**: resumos. Rio de Janeiro, nov. 2003. 3p.

DIAS, Diomar Cândida Pereira , **Evolução histórica da pena como vingança**. www.Jusvi.com/artigos/16962 - Acesso: 05 out. 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. **Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Ano 1, n. 00, 2004, p. 123-146.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

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

ZAFFARONI, Eugenio Rául; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. Volume 1. 7ª Edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.