



PENA: RETRIBUIÇÃO JURÍDICA *versus* ESTABILIZAÇÃO DA NORMA VIOLADA

PENALTY: LEGAL FEES *versus* NORMA STABILIZATION VIOLATED

<i>Recebido em:</i>	27/10/2015
<i>Aprovado em:</i>	19/12/2015

Gabrielli Agostineti Azevedo¹

Rodrigo Róger Saldanha²

RESUMO

O presente trabalho demonstra o histórico da pena no Brasil, e sua evolução com o decorrer do tempo. Para considerar as funções da pena, é mister o reconhecimento de duas correntes. Uma delas entende a pena como um castigo a ser aplicado ao delinquente, e a outra entende que a pena é uma retribuição jurídica do fato praticado. Hoje, aplica-se uma teoria mista, onde as duas finalidades da pena são levadas em consideração. O sistema carcerário hoje está superlotado, com uma população acima do que é previsto, ferindo os direitos de personalidade dos presos. Assim, utilizou-se a metodologia bibliográfica, ou seja, mediante a realização de pesquisas sob os aspectos doutrinário, legalista e de artigos periódicos.

Palavras-chave: Funções da pena; Teorias.

¹ Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – UniCesumar.

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – UniCesumar; Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM; Advogado.



ABSTRACT

This work shows the history of the sentence in Brazil, and its evolution with time. To consider the functions of the pen, it is necessary to recognize two streams. One understands the penalty as a punishment to be applied to the offender, and the other believes that the penalty is a legal consideration the fact practiced. Today, a mixed theory applies, where the two ends of the sentence are taken into account. The prison system today is overcrowded with a population above what is expected, hurting the personality rights of prisoners. Thus, we used the literature methodology, ie by conducting research under the doctrinaire aspects, legalistic and journal articles.

Key-words: Functions of punishment. Theories.

INTRODUÇÃO

O ser humano sempre viveu em agrupamento de pessoas, uma penalidade sempre fora aplicada aos que descumpriam as regras de convivência em sociedade.

Primeiramente, a pena era vista como um castigo a ser aplicado pelo detentor do poder à pessoa que descumpriu as ordens. Posteriormente que a pena passou a ter seu caráter de justiça, segundo a Teoria Absoluta de Kant e de retribuição jurídica, segundo a Teoria Relativa de Jakobs. Assim, far-se-á uma demonstração do histórico da pena, com o que ela representava no passado e como ela é vista hoje, tendo em vista a superlotação em que encontra-se o sistema prisional.

Notadamente, nos dias de hoje, para atribuir a função da pena, percebe-se uma teoria mista, ou seja, a teoria absoluta de Kant é considerada assim como, a teoria relativa de Jakobs. Isso quer dizer que, a pena além de ter seu caráter de justiça, de castigo, também tem seu caráter de retribuição jurídica.



Portanto, o contrato social fora utilizado como método de aplicação de controle de sociedade, tendo em vista que todas as pessoas se abdicam de algo para a boa convivência em sociedade.

1 HISTÓRICO DA PENA

Desde os primórdios, os seres humanos vivem em agrupamentos de pessoas. Portanto, desde então, existiam regras a serem cumpridas, para uma melhor convivência em grupo. Já naquela época, quando uma pessoa descumpria as regras de convivência, era aplicado uma punição. Essa punição imposta, também chamada de castigo, não era visto como pena, como demonstra Guilherme de Souza Nucci, “Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte.”³

Isso se dava porque os primitivos acreditavam em forças sobrenaturais, que eram as forças da natureza. O totem era o passado comum do clã, ou seja, guardião e auxiliar, e por isso, a punição era utilizada aos que quebravam algum tabu. ⁴

Após essa fase de forças sobrenaturais, passou-se a acreditar em uma vingança privada, onde era a sociedade contra o infrator, a chamada “justiça com as próprias mãos”, que em verdade, nunca funcionou porque formava-se um círculo vicioso sem fim entre sociedade e infrator.⁵

Depois, foi instituído a vingança pública, onde o chefe da tribo era o responsável por punir o infrator, e essa forma de centralizar o poder nas mãos de uma pessoa evitava o

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg 59.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg 60.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 200, pg 61.



círculo vicioso.⁶ A punição também teve um caráter religioso, onde o infrator tinha que respeitar os deuses, considerando o valor sagrado da pena.⁷ O direito Canônico, na Idade Média, tinha o poder e a religião extremamente ligados e por isso considerou a pena além de uma punição, como um corretivo, para regenerar o infrator. Porém, nessa época, não existiam limites na aplicação da punição, ou seja, era utilizado a tortura como uma forma de confissão como inclusive, métodos cruéis e públicos aos culpados, fazendo com que a pena tivesse uma finalidade de intimidação⁸.

No Iluminismo, começou um processo de modernização do direito penal, tendo assim, uma preocupação maior com a racionalização da pena, ou seja, com a proporcionalidade entre o delito cometido e a punição a ser aplicada.⁹

Teve ainda, o sistema pensilvânico em 1818, onde o condenado era isolado. Depois, teve o sistema auburniano, onde a preocupação era a obediência do preso e a exploração de uma mão-de-obra barata, com a regra do silêncio absoluto. E a partir do Iluminismo, tiveram duas doutrinas relacionadas a função da pena, a teoria de retribuição, também conhecida como absoluta e a teoria da prevenção, também chamada de relativa, que será destaque do tópico relativo a funções da pena.¹⁰

Teve ainda, nas últimas décadas, a teoria da prevenção geral positiva, que salientava que a pena não era para intimidar criminosos. A teoria da prevenção especial dizia que o preso não podia colocar em risco a sociedade, porém, ele tinha que ser reeducado. A pena

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg 61.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg 62.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg 63.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg 64.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg 65.



privativa de liberdade, que é o encarceramento dos delinquentes, recebia críticas positivas e negativas.¹¹

2 BREVES CONSIDERAÇÕES DAS PENAS E A INFLUÊNCIA ILUMINISTA PARA FORMAÇÃO DAS PENAS HUMANITÁRIAS

Ao longo do século V, a também chamada a sociedade da guerra, os povos começaram a se apoderar do direito de punir, época em que também surgiu um sistema inquisitório que posteriormente muito se assemelha ao da inquisição. Tal modelo foi apresentado por Foucault em sua obra *A verdade e as formas das normas jurídicas* como: “do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam.”¹²

Assim, Cesare Beccaria, com a finalidade de investigar o direito de punir do Estado, buscou através de cada indivíduo o porquê ele abre mão de parte de sua liberdade para colaborar com a ordem da sociedade. Entretanto conclui que a adesão ao contrato social é uma atitude levada pelo instinto de sobrevivência, pois cada indivíduo sacrifica uma pequena parte de sua liberdade para sobreviver em sociedade:

*A reunião de todas essas pequenas porções de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício de poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.*¹³

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg 73.

¹² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p.54.

¹³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 19



Verifica-se que na metade do século XVIII, as penas eram fundadas como uma espécie de vingança coletiva na qual as punições tinham consequências terríveis, sendo por vezes pior que do que o próprio delito cometido pelo indivíduo. A ideia de humanização e de ressocialização ainda não tinha aderência, estando a pena lastreada na ideia de intimidar a sociedade para que não cometesse tal delito.

A *grosso modo*, se forem verificados os objetivos e sentidos da pena em tal período, ter-se-ia a ideia de que ela tem caráter estritamente retributivo ou punitivo ao autor, relacionando com o crime praticado. Também seria possível apontar outro aspecto relacionado à visão social sobre a pena e sobre o crime praticado, onde o objetivo é inibir a reincidência do crime por outro cidadão (prevenção geral).¹⁴

As penas cruéis davam ênfase, então, ao caráter preventivo da pena pela perspectiva geral (embora não se ignorasse a ideia de retribuição), pois era muito mais importante que a sociedade fosse inibida de cometer o crime, devido à pena, do que a relação entre o crime e o “peso” da pena em caráter punitivo ao autor.

Segundo a lição de Gilberto Ferreira, fazendo comentário sobre Kant, “[...] para se ter uma ideia do que pregam os integrantes destas teorias basta tomar por base a hipótese de Kant, para quem se a sociedade se dissolvesse, ainda assim o último assassino deveria ser punido a fim de pagar pelo mal cometido.”¹⁵

No entanto, a lei que não estava firmada sobre a moral política sempre encontrava certa relutância que seria obrigada a concordar. Fez-se necessário proteger a lei de alguns sujeitos que não se contentavam somente com a sua liberdade e queriam sempre usurpar da liberdade alheia. A sociedade, todavia, com medo de seus inimigos acabava sacrificando uma parte de sua liberdade, para poder viver com segurança. Partindo então dessa

¹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2006, p. 79 - 83

¹⁵ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; p.25.



convicção, a pena teve sua origem a partir do momento em que foram necessários meios para reprimir os infratores das leis.

Portanto, as penas mais cruéis aplicadas ao homem, tiveram origem com o surgimento da humanidade; entretanto, conforme já destacado, com a idade média ganharam maior importância as formas mais cruéis de tortura e pena pública (tratadas como justas pela sociedade ainda influenciada pelo posicionamento jusnaturalista até o século XVIII).

Neste sentido, destaca-se que o Direito, enquanto apresentado como Direito Penal na idade média, possuía penas que hoje seriam consideradas bárbaras, sendo salutar consignar que a privação da liberdade sequer era vista como sanção propriamente dita, mas apenas ferramenta utilizada a fim de assegurar que o acusado não fugisse, além de ser utilizada como mecanismo a assegurar a produção de provas por meio de torturas (oficialmente autorizadas em muitos locais naquela oportunidade). Deste modo, a pessoa que sofria uma acusação necessariamente aguardava o julgamento encarcerado, onde essa privação da liberdade era vista como exclusivamente como um meio, não o fim da punição.¹⁶

Existem várias teorias defendendo que a finalidade do cárcere era apenas aguardar para a pena definitiva, voltada à integridade física do réu, e que somente na idade média, com a ideia principal de penitência do clero, é que se transferiu o cárcere para o patamar de uma pena em si mesma, trazendo à tona doravante a noção penitenciária.

Em avanço, quando o Direito Penal entra na sua fase conhecida como *humanitária*, passa a se apregoar a reforma das leis e a administração da justiça penal, entre eles: a abolição da tortura; a abolição ou imitação da pena de morte; a acentuação do fim estatal da pena, com afastamento das exigências formuladas pela igreja.¹⁷ As ideias básicas do

¹⁶ CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002. p. 21.

¹⁷ DUARTE, Maércio Falcão. A evolução histórica do Direito Penal. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal>>. Acessado em 19 mar. 2014.



Iluminismo influenciaram fortemente este período, pois trazia à baila a proteção da liberdade. Um dos textos base para entender esta fase, está sedimentado em uma das obras basilares de Cesare Beccaria:

O tratado *Dos Delitos e Das Penas* é a filosofia francesa aplicada à legislação penal: contra a tradição jurídica invoca a razão e o sentimento; faz-se porta-voz dos protestos da consciência pública contra os julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, à tortura, a confiscação, as penas infamantes, a desigualdade ante o castigo, a atrocidade dos suplícios [...]¹⁸

Ressalta-se, por ser oportuno, que aparece na Filadélfia – fim do século XVIII e início do XIX – os primeiros presídios em sistema celular. Este preceito tem como conceito a reclusão total, ficando o preso isolado do mundo externo, bem como dos outros encarcerados. Já nos Estados Unidos surge o sistema *Aubun* ou sistema de Nova Iorque, onde também havia reclusão e isolamento absoluto, contudo, a reclusão era apenas noturna, pois durante o dia aconteciam as refeições e trabalhos coletivos – respeitando-se a regra de silêncio.¹⁹

Foi com a criação do sistema prisional da colônia inglesa Norfolk, combinando os dois sistemas anteriormente citados, que se origina a progressão da pena. Em princípio o encarcerado ficava recluso, e após, passava a se submeter apenas ao isolamento noturno.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. p.11.

¹⁹ Revista *Liberdades*- nº 11 - setembro/dezembro de 2012. I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 162.



No terceiro estágio, o preso era submetido a regime análogo ao da liberdade condicional, e depois de cumprida a pena, obtinha a liberdade definitiva.²⁰

Tinha como objetivo todo esse desenvolvimento, destacar o homem no centro das relações jurídicas, e fortalecer que ser humano, em sua essência, é um ser em várias dimensões, e uma dessas dimensões, que se coaduna com a dignidade humana, é a ontológica. Neste sentido, destaca-se o posicionamento de Fernanda Cantali:

[...] o próprio conceito de dignidade está sempre em processo de construção e desenvolvimento, já que, para além de sua dimensão ontológica ou natural, que é considerada como qualidade inata da pessoa humana, a dignidade conta com uma dimensão histórico-cultural.²¹

Portanto, as penas tiveram um progressivo avanço ao longo da história da humanidade, mais precisamente entre os séculos VII ao século IX, pois as penas se justificavam primeiramente como uma forma de retribuição ao crime praticado, e posteriormente, com as grandes cidades, ou reinos, para manter a ordem social, as penas ganharam um segundo sentido, qual seja, o de prevenção, onde tornaram-se públicas para que o cidadão pudesse observar a aplicação e esse fato inibisse a criminalidade. Ao final, tem-se as recentes modificações nas penas por força dos ideais iluministas que garantiram que o Direito fosse considerado ciência, trazendo o homem como centro do ordenamento jurídico, o que abriu espaço para discutir se a finalidade da pena deve servir à recuperação da pessoa condenada, e sobretudo a inutilidade da adoção de penas cruéis.

²⁰ DI SANTIS, Bruno Moraes; ENGBRUCH, Werner; D'ELIA, Fábio Suardi. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Revista Liberdades- nº 11 - setembro/dezembro de 2012. IBICICRIM, p. 146.

²¹ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2009. p.228.



3 AS TEORIAS PARA A FINALIDADE DA PENA E BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

3.1 TEORIA ABSOLUTA OU RETRIBUTIVA

Na teoria absoluta, a pena se vincula à ideia da retribuição ao delituoso pelo ato ilícito realizado. É uma ferramenta da qual o Estado se utiliza como contrapeso ao mal causado à uma pessoa específica, ou à toda sociedade. Esta teoria possui o escopo de punir o condenado, lhe causando um prejuízo decorrente de sua própria conduta, pois castiga a infrator, devido à falta de cumprimento dos parâmetros legais e o desrespeito com a sociedade. A teoria absoluta ou retributiva não possui uma finalidade externa, mas sim um fim em si mesmo, pois sua peculiaridade é a retribuição de um mal causado com outro mal.

22

Na teoria absoluta, a existência de uma pena decorre unicamente em razão do delito praticado. A pena é retribuição, ou melhor, compensação do mal causado pelo crime. É decorrente de uma exigência de justiça, seja como compensação da culpabilidade, punição da transgressão do direito, ou como expiação do agente.

Para Mirabete, esta teoria tem por fundamento a justiça, e o castigo empregado ao condenado compensa o mal e dá reparação à moral.

As teorias absolutas (de retribuição ou retribucionista) têm como fundamentos da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime (*punitur quia peccatum est*). Dizia Kant que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da

²²ANTUNES, Ricardo Oliveira. *As teorias que justificam a pena*. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br>. Acessado em: 17 de jan de 2014.



pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade trás a justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral.²³

O ilustre Luiz Regis Prado aduz que as concepções absolutas têm origem no idealismo alemão, sobretudo com a teoria da retribuição ética ou moral de Kant, sendo que a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência.²⁴

Teorias absolutas defendem que a pena só pode se justificar por razões de justiça ou de necessidade moral, é concebida como retribuição divina, moral ou jurídica. Não interessa se a pena, ademais, cumpre outros fins, que seriam alheios à sua essência. A pena é retribuição a um mal que se comina e se aplica ao culpável, para compensar o mal que este causou. É pura compensação, retribuição sem que a valoração do fato culpável possa ter considerações utilitárias ou de diversa índole, alheias à ideias de justiça.

Na atualidade, a idéia de retribuição jurídica significa que a pena deve ser proporcional ao injusto culpável, de acordo com o princípio de justiça distributiva. Logo, essa concepção moderna não corresponde a um sentimento de vingança social, mas antes equivale a um principio limitativo, segundo o qual o delito praticado deve operar como fundamento e limite da pena, que deve ser proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade.

Ou seja, a teoria absoluta ou retributiva, tem por objetivo punir o condenado retribuindo o mal causado. A aplicação da pena desenvolve-se com outro mal, fazendo com que o apenado colha as conseqüências de seus atos.

²³ FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte Geral*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 244.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral, arts 1 a 120. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 553 e 554.



3.2 TEORIA DE KANT

O nobre Kant parte da necessidade que a teoria absoluta da pena derivaria de um imperativo categórico, de um mandamento de justiça, e não admite exceções de nenhum gênero.

Assim sendo, a pena é um fim em si mesmo, deve ser imposta porque se cometeu um crime, embora sua imposição não apresente nenhum proveito nem para o condenado nem para a sociedade.

Ainda que não houvesse sociedade para ser retribuída da punição do delinquente, teria que executar a prisão de todos que cometeram crime, para que todos sofram pelo mal que causaram.

A justiça da pena concreta, para Kant, só poderia ser alcançada mediante uma aplicação rigorosa da lei do talião, única capaz de determinar a qualidade e quantidade merecidas.

Vale dizer, ainda que a sociedade fosse dissolvida, era preciso executar o último criminoso, para que cada um sofresse as consequências dos seus atos praticados.

Portando, tem-se que Kant sempre valorou a importância da espécie e a medida da pena, explicando que cada indivíduo tem o castigo conforme a conduta praticada.

3.3 TEORIA DE HEGEL: A RETRIBUIÇÃO JURÍDICA

A visão da pena, como uma retribuição jurídica é fruto de uma teoria criada por Hegel, chamada Teoria da Retribuição Lógico-Jurídica, que a desenvolveu com o intuito de afastar a teoria da moral e da ética do castigo criada por Kant.

Por essa teoria, entende-se que não deve atribuir a pena uma função de correção, emenda ou até mesmo de prevenção, e sim uma ideia de fazer justiça através da pena.



A manifestação do delinquente em praticar um delito, significa na visão de Hegel que é uma manifestação individual irracional contrária a vontade geral racional, (sem visar um benefício a sociedade)

A concepção absoluta tem origem no idealismo alemão, sobretudo com a teoria da retribuição ética ou moral de Kant, onde a lei penal constitui um imperativo categórico, uma determinação de justiça independente de toda consideração finalista.

Nesse sentido, a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, sendo está uma exigência absoluta de justiça, ou melhor, trata-se de efeitos preventivos alheios a sua essência.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt p.104

Na idéia hegeliana de Direito Penal, é evidente a aplicação de seu método dialético, tanto quer podemos dizer, neste caso, que à “tese” está apresentada pela vontade geral, ou, se se preferir, pela ordem jurídica; a “antítese” resume-se no delito como a negação do mencionado ordenamento jurídico, e, por último, a “síntese” vem a ser a negação da negação, ou seja, a pena como castigo do delito.²⁵

Como Kant, também Hegel atribui conteúdo talional à pena. No entanto, apesar de Hegel que ação realizada determina a pena, não faz o fixando a sua modalidade, como ocorre no sistema talional, mas apenas demonstra, exclusivamente, sua equivalência.

3.4 TEORIA RELATIVA OU PREVENTIVA

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: penal geral* 1.15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104.



No tocante à teoria relativa ou preventiva, observa-se que diversamente da anterior esta se volta à prevenção de novos delitos. Não busca apenas solucionar um problema momentâneo, mas presume que o condenado irá cometer novas condutas ilícitas caso não seja punido. A teoria relativa busca manter a paz e o equilíbrio social, pois presume que as pessoas criminosas não estejam mais compondo a sociedade, dificultando novos atos ilícitos.²⁶

A teoria relativa ou preventiva prevê dois tipos de funções quanto a pena, sendo estas a prevenção geral e a especial. Quanto a preventiva geral, busca atingir os cidadãos em sua totalidade, ou seja, o resultado da ameaça de uma pena, sua imposição, e execução, intimidarão todos os infratores em potencial, e também buscará fortalecer a consciência jurídica dos cidadãos.²⁷

Já no que tange à preventiva especial, destaca-se que se volta ao delinquente atingido pelo castigo de uma pena, sendo uma de suas funções a ressocialização do condenado, para que este possa voltar a habitar no meio da sociedade. Por tal abordagem a pena é como um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do próprio infrator, pressupondo que o atingido por ela, ao se inserir em um contexto de ressocialização, não volte a cometer o ato ilícito.²⁸

3.5 TEORIA MISTA, UNIFICADORA OU ECLÉTICA

A teoria mista une os conceitos das teorias absoluta e relativa, pois para ela a pena possui duas finalidades. A pena será tanto uma retribuição ao condenado pelo ilícito cometido, quanto uma forma de prevenção para a realização de novos delitos. Bitencourt

²⁶ ENGBRUCH, Werner; SANTOS, BRUNO MARAIS. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Revista das Liberdades nº. 11. São Paulo, 2012, p. 154.

²⁷ ENGBRUCH, Werner; SANTOS, BRUNO MARAIS. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Revista das Liberdades nº. 11. São Paulo, 2012, p. 154.

²⁸ ENGBRUCH, Werner; SANTOS, BRUNO MARAIS. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Revista das Liberdades nº. 11. São Paulo, 2012, p. 155.



(2012) denomina as teorias mistas como unificadoras, buscando um único conceito de pena, retribuição do delito cometido, e a prevenção geral e especial.²⁹

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante. No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.

30

Por fim, a teoria mista, unificadora ou eclética englobou as outras duas teorias, tendo como objetivo dois interesses: primeiro retribuir ao condenado pelo mal causado, e segundo, prevenir que o condenado e a sociedade busquem cometer novas condutas criminosas. Ao final, após o cumprimento da pena, o resultado terá que ser a ressocialização, ou seja, a reforma humana sobre o modo de agir, para que esse condenado, não venha praticar novamente novos delitos, embora hoje se saiba que o atual contexto penitenciário nacional impede, de maneira notória, a plenitude dessa intenção.

3.6 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Dentro do sistema prisional brasileiro encontra-se uma superpopulação, o que por si só, em termos de obrigações públicas, afronta a ideia de ressocialização anteriormente defendida. O cenário brasileiro atual é retrato de um sistema que muitas das vezes, até

²⁹ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 2008, São Paulo, Saraiva, p. 88.

³⁰ BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 2008, São Paulo, Saraiva, p. 88.



mesmo reconhecendo as condições subumanas, está engessado por uma questão administrativa, financeira e de gestão.

A própria Lei de Execução Penal em seu art. 88, prevê que o cumprimento da pena deve ser em cela individual – com área mínima de 6m², e em seu art. 85, ainda diz que deve haver compatibilidade entre a estrutura física do presídio e sua capacidade de lotação. Isto demonstra que a superlotação das celas, a precariedade em que os presos vivem, e a insalubridade posta, tornam as prisões um ambiente que podem muitas vezes legitimar a proliferação de epidemias e doenças. Eis a previsão legal:

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.

Igualmente, vale ressaltar as condições de higiene e médicas nos presídios. O mesmo diploma legal, nos art. 12 e 14 dispõe que o preso ou internato, terá assistência material – quanto as questões de higiene – instalações higiênicas, bem como atendimento médico, o que não ocorre de maneira satisfatória pela estrutura das penitenciárias e cadeias públicas nacionais (situação que deve ser exigida do Poder Executivo, a quem incumbe tal estruturação). Tais condições são precárias, como é cediço, ademais não há acompanhamento médico em todos os locais, o que se agrava com as mulheres recolhidas ao cárcere, uma vez que necessitam, por exemplo, de acompanhamento ginecológico.



Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia, também é alto o índice de hepatite e de doenças venéreas em geral, AIDS por excelência [...]. Além dessas doenças, há um grande número de presos portadores de distúrbios mentais, de câncer, hanseníase e com deficiências físicas (paralíticos e semiparalíticos). Quanto à saúde dentária, o tratamento odontológico na prisão resume-se á extração de dentes. Não há tratamento médico-hospitalar dentro da maioria das prisões.³¹

O tratamento carcerário também deve ser aqui mencionado. Em alguns presídios, dada a precária estrutura, são desrespeitadas as garantias constitucionais, pois os detentos sofrem sobremaneira com a prática da tortura e agressões físicas, muitas vezes entre eles próprios.³²³³

Parte desse problema está no fato de que em alguns locais, em detrimento do que prega a norma abstrata, não há separação entre os réus primários, dos que estão sentenciados a longas penas, sem se olvidar de presos provisórios.

Como exemplo não se pode deixar de destacar o caso do Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Estado do Maranhão³⁴, que foi notícia nacional e internacionais no ano de

³¹ ASSIS, Rafael Damasceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ nº. 39. Brasília, 2007, p. 75.

³² ASSIS, Rafael Damasceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ nº. 39. Brasília, 2007, p. 75.

³³ ASSIS, Rafael Damasceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ nº. 39. Brasília, 2007, p. 76.

³⁴ A crise no sistema penitenciário maranhense chocou o país no final do ano passado pelas cenas de selvageria, com execuções por esartejamento, decapitação e enforcamento. Desde janeiro de 2013, o número de mortos chega a 65. Este ano, cinco detentos foram mortos no sistema penitenciário do Maranhão.



2013, onde o Governo do Estado do Maranhão teve que pedir intervenção da força nacional para tomar a ordem.³⁵

Destaca-se que não é a primeira vez que o presídio de pedrinhas protagoniza uma cena de barbárie. Quando questionados, os detentos têm sempre as reivindicações mais básicas, como qualidade na alimentação, superlotação, maus tratos, dentre outros.

Olhando para esta realidade exposta acima, pode-se concluir que o próprio sistema carcerário, sem adentrar nos perigos das generalizações, é muitas vezes a razão da reincidência do egresso. A ineficácia do sistema, em tais casos, não garante a ressocialização do réu, e ao voltar ao convívio não possui condições de se estabelecer. De acordo com Assis, aproximadamente 90% dos detentos, após cumprirem a pena, retornam à sociedade voltam a delinquir, e conseqüentemente, retornam a prisão.³⁶

Este ciclo é e será sempre constante, enquanto o Estado não providenciar a legítima reforma nesse sistema (inclusive estrutural), tanto para o detento, quanto para a sociedade. As reformas normativas, muitas vezes restritas ao campo abstrato, não podem mais se restringir à uma promessa formal que não se traduz em realidade. É preciso, o quanto antes, prever mecanismos mais eficazes de exigir que o poder público cumpra com a obrigação legal de melhor estrutura os aludidos estabelecimentos prisionais, permitindo que ali se implemente a política de ressocialização que foi defendida, ainda que timidamente, pela lei de execução penal.

4 FUNÇÕES E CONCEITO DA PENA

O sistema jurídico brasileiro deve, antecipadamente, prever algumas condutas que não seriam o modelo de comportamento que o Estado gostaria que os indivíduos tivessem,

³⁵ GONÇALVES, Eduardo. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/barbarie-em-pedrinhas/>>. Acessado em 17 mar 2014.

³⁶ ASSIS, Rafael Damasceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ nº. 39. Brasília, 2007, p. 76.



portanto, caso descumprirem o comportamento previsto praticando o delito, será punido pelo Estado através da pena.

A pena pode ser conceituada como uma sanção, a ser imposta pelo Estado ao sujeito que cometeu algum delito capitulado no artigo de lei, previsto pelo legislador.

Como preceitua Guilherme de Souza Nucci, “Trata-se de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, por meio do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei.”³⁷

No mesmo sentido, temos o posicionamento do ilustre Rogério Grecco, no sentido de que a pena é uma consequência natural imposta pelo Estado, quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu jus puniendi.³⁸

Dentre as consequências jurídicas, a pena é uma das mais relevantes. Tal pena consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, previstos na lei que são impostas pelos órgãos jurisdicionais competentes ao delinquente.

Semelhantemente, Luiz Regis Prado aduz que “as consequências jurídicas do delito são reações jurídicas à prática de um justo punível (realização ilícita de um fato tipificado como punível na lei penal).”³⁹

A aplicação da pena é um processo discricionário, na qual o juiz estabelece a pena a ser aplicada, dentro do mínimo e do máximo abstratamente fixados pelo legislador, observando a reprovação do delito praticado pelo sujeito, e a sua punição⁴⁰.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pg 131.

³⁸ GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, pg 461.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral, arts 1 a 120. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pg 626.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pg 146.



Conforme lições de Rogério Greco, “a pena é a consequência natural imposta pelo estado quando alguém pratica infração penal, quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.”⁴¹

Luiz Flávio Gomes, dispõe sobre o papel da pena:

A pena ou qualquer outra resposta estatal ao delito, destarte, acaba assumindo um determinado papel. No modelo clássico, a pena (ou castigo) ou é vista com finalidade preventiva puramente dissuasória (que está presente, em maior ou menor intensidade, na teoria preventiva geral negativa ou positiva, assim como na teoria preventiva especial negativa). Já no modelo oposto (Criminologia Moderna), à pena se assinala um papel muito mais dinâmico, que é o ressocializador, visando a não reincidência, seja pela via da intervenção excepcional no criminoso (tratamento com respeito aos direitos humanos), seja pelas vias alternativas à direta intervenção penal.⁴²

Entre os defensores da teoria absolutista, também conhecida retribucionista da pena, destacaram-se dois dos mais expressivos pensadores do idealismo alemão: Kant e Hegel.

5 VISÃO CRÍTICA DA RETRIBUIÇÃO JURÍDICA versus ESTABILIZAÇÃO DA NORMA VIOLADA

⁴¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 461.

⁴² GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência*. 2. Ed. vol. 1. Ver., Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.



Utilizando como ponto de partida a teoria de Hegel, que menciona a pena como uma retribuição jurídica, razão pela qual o autor do delito deveria ser castigado por ter delinquido, percebe-se que atribuir ao delinquente uma pena como um castigo é olvidar das circunstâncias do crime, bem como a individualização penal.

Com efeito, tratar a pena como castigo é não conceder o devido tratamento à parte, sem levar em consideração os motivos pelo qual o crime foi cometido. Por tais razões, deve-se levar em consideração se o delinquente tentou ou não evitar que o resultado do delito fosse pior.

Ainda nesse sentido, Fábio André Guarani ⁴³*in verbis*, “De fato, bastava a imputação fática – representada pelo nexos causal e pelo nexos psíquico entre o resultado e a vontade do agente – para haver a ação; só após isso se apreciava a ilicitude do conjunto de elementos denominados ação”.

Na teoria de Hegel, observa-se uma forma de atribuir a pena um caráter absoluto ou retributivista. Na teoria de Jakobs, atribui-se a pena um caráter relativo.

Neste passo, Peñaranda, Suárez e Cancio Melià alegam que Jakobs:

Admitiu que a imagem que mostra a teoria absoluta da pena em Hegel não difere muito de sua própria concepção; a diferença estaria estribada propriamente em que o ponto de referencia na fundamentação hegeliana da pena é o conceito abstrato de direito, enquanto que em Jakobs esse ponto de referência vem constituído pelas condições de subsistência da sociedade. ⁴⁴

⁴³ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção direito e ciências afins; v.2 / coordenação Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, William Terra de Oliveira), p. 64.

⁴⁴ PEÑARANDA, SUÁREZ; CANCIO. *Un Nuevo sistema del derecho penal: consideraciones sobre la teoria de la imputación de Gunther Jakobs*. p. 114 in GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2 ed. ver. e



Notadamente, Jakobs afirma que a pena tem a finalidade de cumprir a lei, não levando em consideração o comportamento, e ainda, que o comportamento é um fato contra a lei.

De um modo geral, as teorias absolutas possuem concepções idealistas, liberais e individualistas, ao passo que, as relativas possuem pensamentos de caráter humanitário, social, racionalista e utilitários.⁴⁵

Desta forma, Rogério Greco aduz que a “teoria adotada pela nossa lei penal, é uma teoria mista unificadora da pena... a parte final do caput do art. 59 do Código Penal conjuga a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, fazendo, assim, com que se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e prevenção”.⁴⁶

Por tais razões, observa-se que houve uma união das teorias, utilizando a teoria de Hegel e a teoria de Jakobs, atribuindo à pena uma função de retribuição e de prevenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As condutas descritas em lei são condutas que o Estado não considera como sendo condutas legais, ou seja, quando o autor de um ato pratica um ato que esteja capitulado em lei, é porque ele descumpriu as condutas morais, devendo assim receber uma penalidade.

Contudo, para atribuir uma finalidade a pena, utiliza-se a teoria mista, ou seja, além de utilizar a Teoria absoluta de Kant que atribui a pena um caráter de justiça,

atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção direito e ciências afins; v.2 / coordenação Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, William Terra de Oliveira), p. 293.

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 2. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P 470.

⁴⁶ GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 12 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, pg 34 e 35.



utiliza-se também a Teoria relativa de Jakobs, que atribuir a pena um caráter de retribuição jurídica.

Tendo em vista que o sistema prisional encontra-se superlotado, é necessário fazer menção aos direitos de personalidade dos presos, que são violados constantemente em razão do Estado não cumprir com o que é previsto.

Assim, nota-se por oportuno que a pena possui a função tanto de justiça, como de retribuição jurídica, no sentido de retribuição social para que o preso consiga assim, repensar em seus atos. Porém, se o preso continua tendo seus direitos violados, fica difícil tal intento.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo Oliveira. *As teorias que justificam a pena*. Disponível em:

<www.ambitojuridico.com.br>. Acessado em: 17 de jan de 2014.

ASSIS, Rafael Damasceno. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ n.º. 39. Brasília, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: penal geral* 1.15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2009.

CAPEZ, Fernando. *Execução Penal Simplificado*. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Punibilidade e delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002.



DUARTE, Maércio Falcão. A evolução histórica do Direito Penal. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal>>. Acessado em 19 mar. 2014.

Revista Liberdades- nº 11 - setembro/dezembro de 2012. I Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

DI SANTIS, Bruno Moraes; ENGBRUCH, Werner; D'ELIA, Fábio Suardi. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Revista Liberdades- nº 11 - setembro/dezembro de 2012. IBICICRIM.

ENGBRUCH, Werner; SANTOS, BRUNO MARAIS. *A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo*. Revista das Liberdades nº. 11. São Paulo, 2012.

FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal: parte Geral. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; SILVA, Fernando Henrique Rugno. A tutela interdita: um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 2, 2014.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; SILVA, Fernando Henrique Rugno. A ausência de discricionariedade na prestação dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 1, 2014.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência*. 2. Ed. vol. 1. Ver., Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Eduardo. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/barbarie-em-pedrinhas/>>. Acessado em 17 mar 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2006.



GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção direito e ciências afins; v.2 / coordenação Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, William Terra de Oliveira).

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Refletindo com Robert Alexy sobre liberdade e igualdade: subsídios teóricos para um debate em torno da inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

MISAKA, Marcelo Yukio. Violência sexual infantil intrafamiliar: não há apenas uma vítima! **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 2, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEÑARANDA, SUÁREZ; CANCIO. *Un Nuevo sistema del derecho penal: consideraciones sobre la teoria de la imputación de Gunther Jakobs*. p. 114 in GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral, arts 1 a 120. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JUNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabrício. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 2, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; POLEGATTI, Renato de Carvalho. Extradicação: uma leitura sobre o viés das “penas”. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

SOUZA, Tiago Clemente; SILVA, Nelson Finotti. Ideologia, hermenêutica e jurisdição: algumas reflexões sobre o que sobrou do positivismo no atual paradigma jurídico. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 1, 2014.