

## 1.2 REPENSANDO A FUNÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA CRIMINAL

SIDNEI BOCCIA PINTO DE OLIVEIRA SÁ  
Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Professor da PUC-Minas

Mestre em Direito das Relações Sociais (Direitos Difusos e Coletivos) pela PUC-SP

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Natureza da Pena Criminal. 2.1. Teorias da Pena. 2.2. Direito Penal do Fato. 3. Caráter Retributivo da Sanção Penal. 3.1. Livre-arbítrio. 3.2. Exclusão de Punição aos Inimputáveis. 3.3. Compensação ao abalo social (função neo-retributiva). 3.4. Função Social do Estado. 4. Caráter Preventivo da Sanção Penal. 4.1. Prevenção Geral. 4.1.1. Prevenção Geral Negativa (ou de Intimidação). 4.1.2. Prevenção Geral Positiva (ou de Integração). 4.2 Prevenção Especial (ou Individual). 4.2.1 Prevenção Especial Positiva (modelo ressocializador). 4.2.2. Críticas ao Correccionalismo. 4.2.3. Prevenção Especial Negativa. 5. Teorias Mistas. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

### 1. Introdução

É milenar a controvérsia filosófico-doutrinal sobre os fins das penas criminais. É do magistério de Garcia (1968, p. 66) que castigar ou punir, expiar, eliminar, intimidar, educar, corrigir ou defender são os variados verbos que, na diversidade das opiniões, indicam as finalidades possíveis do Direito Penal e, através destas, as razões de sua existência.

Tal embate encontra campo fértil não só na ciência do Direito, especialmente a Penal, como na Filosofia (Geral e do Direito). Segundo Dias (1999, p. 89), a razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do Direito Penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do Direito Penal.

Beccaria (1983) discute a origem das penas e do direito de punir, afirmando, inicialmente, que as leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados, sobre a superfície da Terra, sacrificando parte de sua liberdade para viver com mais segurança, o que é necessário para proteção contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo que ele procura, sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas usurpar a dos outros. Assim, eram necessários meios sensíveis e poderosos para comprimir este espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos; esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores da lei. Ainda segundo Beccaria (1983), só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada indivíduo só consente em colocar no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que é necessário para empenhar os outros

a mantê-lo na posse do resto; o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o *fundamento do direito de punir*.

Afirma Zaffaroni (1998, p. 10):

[...] o que está perdida é a justificação das penas. Ninguém sabe realmente hoje, qual é a utilidade, o sentido e a justificação do exercício do poder punitivo. Embora isto se assemelhe a uma afirmação muito extremista, não o é. As construções doutrinárias no âmbito do direito penal, através da teoria da pena, sobre a sua justificação, infelizmente têm bases falsas.

Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 77) arrematam que “[...] o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar ao resto os limites do espaço social.”

É salutar que o Direito Penal visa a proteger os interesses mais relevantes, intervindo somente nos casos de lesão significativa a bens fundamentais para a vida em sociedade, respeitando, assim, o princípio da mínima intervenção, exercendo função instrumental, consistente na efetiva proteção dos bens jurídicos, através do potencial efeito dissuasório que a sanção legal produz nos infratores.

Sobre os objetivos da legislação penal, Silva Júnior (2003) sustenta:

[...] ocorreriam duas respostas diferentes: promover a segurança jurídica ou proteger a sociedade (defesa social). Entre os partidários da segurança jurídica, alguns afirmariam que o Direito Penal deve provê-la tutelando primordialmente bens jurídicos, enquanto outros responderiam que a tutela penal deve ser tutela de valores ético-sociais. Eis a questão de fundo nos textos publicados: se o Direito Penal tutela primordialmente bens jurídicos, o decisivo é o resultado do delito; no entanto, se a tutela principal for de valores ético-sociais, o decisivo é a conduta delitativa em si.

Santana (2003), após ressaltar os efeitos socialmente disfuncionais do crime (além de atingir os bens jurídicos e de pôr em questionamento os valores sobre os quais se assenta a sociedade, o crime potencializa os índices de medo, angústia e desconfiança, e dificulta a interação e o convívio sociais), relembra:

[...] a idéia da funcionalidade do crime, ou ‘deviance’, já foi concebida no passado, por estudiosos como *E. Durkheim* (‘o crime desperta e une as consciências’), *George Mead* (‘O delinqüente é responsável por um sentimento de solidariedade que desperta entre aquelas cuja atenção se dispersaria, de outro

modo, por interesses bastante divergentes. A atitude de hostilidade para com o infrator tem a vantagem de unir todos os membros da coletividade’) e *Marx* (‘O criminoso produz uma impressão, ora moral ora trágica, e presta um serviço desenvolvendo os sentimentos morais e estéticos do público interrompe a monotonia e a segurança da vida burguesa protege-a da estagnação e estimula aquela tensão constante, aquela mobilidade de espírito sem as quais o próprio estímulo da competição se perderia’).

Ela funciona também: a) como válvula de escape (de atividades ilegais ou imorais, mas que correspondem a necessidades consideradas coletivas); b) como fator de coesão e solidariedade sociais (permitindo ao grupo reafirmar sua identidade social e moral); c) para a clarificação, afirmação, manutenção e, em certos casos, a modificação e o ajustamento do sistema normativo; d) para a legitimação e imposição da ordem.

Incumbe ao Direito Penal, portanto, conciliar o antagonismo da *lógica da repressão/prevenção* de um lado, buscando a paz social, com a *lógica das garantias* de outro, resguardando a integridade do infrator.

## 2. Natureza da Pena Criminal

Em lépida leitura do direito positivo brasileiro, pode-se afirmar que a pena tem caráter retributivo, preventivo (art. 59, *caput*, *in fine*, do Código Penal), além de visar a ressocialização do infrator (art. 1º da Lei n.º 7.210/84 – Lei de Execução Penal).

Porém, apesar dessa precária e cômoda conclusão eclética, habita no Direito Penal insolúvel querela entre as Teorias Absolutas, ligadas às idéias de retribuição, e as Teorias Relativas, subdivididas nas doutrinas de prevenção geral e prevenção especial (ou individual).

### 2.1 Teorias da Pena

Conforme afirmado, a definição sobre a função ou finalidade da pena segue três teorias principais (retribuição, prevenção geral e prevenção especial), que podemos, inicialmente, assim descrever:

1. **Retribucionista.** Para esta teoria, a pena baseia-se na compensação da culpabilidade do autor mediante a imposição de outro mal (desejado e buscado pelo agente), como castigo ao delinqüente, atendo-se apenas às expectativas (punitivas) do Estado, desprezando qualquer consideração com as expectativas do infrator, vítima ou comunidade.

2. **Utilitárias (Relativas ou instrumentais).** A pena deve ser utilizada para prevenir o crime. Subdivide-se em:

2.1. Prevenção geral. Os reais destinatários da pena são a comunidade em geral e, particularmente, o infrator em potencial. Surge antes da prática do delito. Pode ser:

2.1.1. Prevenção geral negativa. Baseada na coação psicológica, sustenta que a existência da pena constitui *ameaça* preventiva, redundando em efeito dissuasório ou intimidativo da pena em relação ao infrator potencial. A pena aplicada ao infrator, portanto, serve como advertência para que não se pratiquem crimes.

2.1.2. Prevenção geral positiva (Teoria da Prevenção-Integração). Descreve que a pena produz a atualização da vigência e a confirmação das normas e dos valores do ordenamento jurídico, motivando as pessoas a atuarem de acordo com o Direito, na medida em que depositam confiança no funcionamento do sistema, levando o cidadão a acreditar na sua segurança.

2.2. Prevenção especial. A pena visa prevenir novos crimes por parte do infrator. Surge ao ser iniciada a execução da pena. Apresenta-se como:

2.2.1. Prevenção especial positiva. Afirma que a pena é instrumento útil para evitar a reincidência, com adoção de sanções admonitórias (de grande valia para infratores primários, que cometeram uma infração de escassa gravidade), ou mediante a ressocialização do condenado, através de tratamento terapêutico individualizado.

2.2.2. Prevenção especial negativa. Defende que, para se evitar a prática do delito, é necessária a neutralização (mediante destruição física ou psíquica do indivíduo, prisão, controle eletrônico em liberdade, etc.) ou intimidação (contra-motivação) do infrator.<sup>1</sup>

Alerta Roxin (1998) que a adoção de um posicionamento monista, mediante único princípio ordenador (retribuição, prevenção geral ou especial), resulta sua aplicação de modo extremo. Na prevenção geral, isso ocorreria buscando-se penas cada vez mais rigorosas. Na prevenção especial (ressocialização), a pessoa que não oferecesse perigo e, portanto, não necessitasse de ressocialização não poderia ser submetida a uma pena. Acolher uma teoria unificadora aditiva, em que se aglomeram diversos pontos de vista, seria menos aconselhável ainda, por permitir mais ampla ingerência do Direito Penal, que atuaria não sobre um princípio, mas sobre três (retribuição, prevenção geral e especial). Assim, o ideal é uma teoria (unificadora dialética) que atue mediante restrições recíprocas, entre o individual e o coletivo, ou seja, uma tensão entre a prevenção especial e a geral.

## 2.2. Direito Penal do Fato (e Não do Autor)

Apesar de querer impor comportamentos socialmente aceitáveis, o direito não se presta a controlar o pensamento, o que motivou, de longa data, os ordenamentos jurídicos

<sup>1</sup> Para aprofundamento, consultar *Microfísica do poder*, de Michel Foucault.

a enveredarem por um Direito Penal do fato e não do autor. Assim, a pessoa deve responder pelo que efetivamente fez (v.g. roubar, matar) não por aquilo que é ou se supõe ser (v.g. perigosa), evitando a confusão entre crime e pecado, Direito e Moral.

Afirma Almeida (2000) que, ao aceitarmos a dignidade como princípio basilar, consagrado primeiro que qualquer outro na Constituição (Portuguesa), deveríamos retirar daí a imposição de que o ser humano terá de ser encarado como um ente livre, que deve e tem direito a ser responsável perante a comunidade a que pertence, no que diz respeito aos atos praticados.

Essa é uma orientação fundamental em qualquer Estado de direito. Só um sistema paternalista, que pretenda tutelar os cidadãos como se de menores cuidasse, pode desviar-se da presunção de liberdade que a todos é devida. No entanto, casos há em que, reconhecidamente, o indivíduo não dispõe dessa liberdade. É a posição em que se encontram as crianças (na primeira infância), que, por força da sua pouca idade, não dispõem ainda das qualidades necessárias para decidirem conscientemente sobre as situações correntes da vida, só gradualmente as adquirindo.

### 3. Caráter Retributivo da Sanção Penal

Segundo essa teoria, a pena é retribuição e compensação ao mal praticado pelo agente (*punitur quia peccatum est*), proporcional à culpabilidade (pena justa ou proporcional), surgindo após a prática do delito, como castigo ao delinqüente. Seus maiores expoentes são Platão (428 a.C.-348 a.C.), Santo Tomás de Aquino (1225-1274), Giambattista Vico (1668-1744), Immanuel Kant (1724-1804) e Georg W. Friedrich Hegel (1770-1831). A teoria subdivide-se em:

1.1. *Teoria da retribuição moral*. Desenvolvida por Immanuel Kant (1724-1804), procura embasar o Direito Penal em fundamento de ordem moral, sendo que a lei é um imperativo categórico, afastando qualquer caráter utilitário da pena, exceto o retributivo, realizando, assim, a Justiça;

1.2. *Teoria da retribuição jurídica*. Defendida por Georg W. Friedrich Hegel (1770-1831), entende que a pena visa a castigar o delinqüente (ao mal injusto do crime, o mal justo da pena), com a reafirmação do Direito.

Há quem entenda que a retribuição não pode ser enfocada como uma teoria dos fins da pena, por considerá-la como um fim em si mesma, independente de resultados<sup>2</sup>. Segundo Corrêa Júnior e Shecaira (2002, p. 138), “[...] há importantes autores, na-

---

<sup>2</sup> Dias (1999, p. 95) aduz que “[...] uma pena retributiva esgota o seu sentido no mal que se faz sofrer ao delinqüente como compensação ou expiação do mal do crime, nesta medida é uma doutrina puramente social-negativa que acaba por se revelar não só estranha, mas no fundo inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinqüente e de restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime; inimiga, em suma, de qualquer atuação preventiva e, assim, da pretensão de controle e domínio do fenômeno da criminalidade”.

cionais e estrangeiros, que defendem, contemporaneamente, a teoria da retribuição. De Welzel a Jescheck na Alemanha, Bricola, Bettiol e Bellavista, na Itália, Reale Jr., Dotti, Pitombo, Andreucci e Paulo José, entre nós”.

### 3.1. Livre-arbítrio

As teorias retribucionistas fundamentam-se no livre-arbítrio, sob afirmação de que, possuindo autodeterminação, o homem é moralmente responsável pelos seus atos; assim como o crime é opção de conduta, a punição é sua consequência natural. Filosoficamente, livre-arbítrio ou liberdade:

[...] tem três significados fundamentais, correspondentes a três concepções que se entrecortaram no decurso de sua história e que podem ser caracterizadas da seguinte maneira: 1.<sup>a</sup> - a concepção de Liberdade como autodeterminação ou autocausalidade, segundo a qual a Liberdade é ausência de condições e de limites; 2.<sup>a</sup> - a concepção de Liberdade como necessidade, que se funda sobre o mesmo conceito de precedente, isto é, sobre aquele de autodeterminação, mas atribui a própria autodeterminação à totalidade (Mundo, Substância, Estado) a que o homem pertence; 3.<sup>a</sup> - a concepção de Liberdade como possibilidade ou escolha, segundo a qual a Liberdade é limitada e condicionada, isto é, finita. (ABBAGNO, 1982, p. 577).

Livre-arbítrio é a faculdade própria do homem que, pelo fato de possuir a razão ou pela capacidade de ser racional, é capaz de escolher entre várias possibilidades, podendo agir ou deixar de agir de determinada forma, sem nenhuma razão para tal escolha a não ser o próprio alvedrio (Nova Enciclopédia Barsa, v. 9, p. 86).

É de Santo Tomás de Aquino a afirmação de que o homem tem livre-arbítrio, constituindo este uma faculdade ou potência, por meio da qual podemos julgar livremente, não se confundindo com o hábito, nem com nenhuma força a ele submetida ou ligada. De outro modo, conselhos, exortações, ordens, proibições, recompensa e punição seriam vãos (Summa Theológica, questão 83).

À eterna discussão sobre o livre-arbítrio, que se arrasta há séculos, são colocados percalços na consideração de que uma conduta humana possui vários e aleatórios fatores, podendo ser tratada no campo das probabilidades, sendo reduzida sua margem de atuação. Mas a versão relegitimante do Direito Penal afirma que, suprimida a pobreza e outras causas semelhantes, o delito que subsistirá será de livre decisão do autor relegitimando-se o direito penal retributivo (ZAFFARONI, 1991).

Porém, àqueles que negam o livre-arbítrio e imputam o crime a fatores exógenos, como v.g., pobreza, carência de educação, condições sanitárias, etc., deve-se exigir, por coerência, que defendam a impossibilidade de punição do criminoso, diante de

causas supralegais de exclusão da culpabilidade.

Afinal, pobreza é terreno fértil para a violência, mas não é causa. (RIBEIRO, 2004). Estados pobres do Brasil, como Sergipe e Maranhão, ostentam baixíssimos índices de criminalidade quando comparados com São Paulo ou Rio de Janeiro, campeões em renda *per capita* nacional, mas também em criminalidade violenta e organizada. Tal argumento é romântico e comum, mas vazio de conteúdo e cientificidade. Associar pobreza e violência criminosa é desrespeitar os menos favorecidos, estereotipando-os como potenciais delinquentes. A pobreza é uma violência em si, mas não torna as pessoas melhores ou piores.

### **3.2. Exclusão de Punição aos Inimputáveis**

A imaturidade e ausência de livre-arbítrio fundamentam, genericamente, a inimputabilidade penal dos menores de dezoito anos, afastando-os da possibilidade de punição. Porém, a inimputabilidade por menoridade, calcada em critério biológico, é um conceito puramente normativo, que nos remete para a problemática dos fins da pena.

Deve-se analisar com reserva a questão da ausência de livre-arbítrio em relação aos adolescentes, sendo inequívoco no direito pátrio que estes desfrutam, corretamente, do direito à liberdade, conforme consagrado no artigo 16 do ECA.

Segundo Almeida (2000, p. 15), o conceito de inimputabilidade, ainda que por vezes imperfeitamente expresso, está presente desde há muito no direito penal. Mas a não-punição dos inimputáveis tinha, antigamente, uma justificação que não pode se manter nos nossos dias, pois, visando a pena uma função retributiva, não faria sentido punir quem não entendesse o alcance dos seus atos e, portanto, não sendo capaz de responsabilização, não possa expiá-la através da punição sofrida. Continua a autora pontuando que, substituída a teoria da retribuição pela de prevenção, em que se pode fundamentar a não-punição dos inimputáveis?

### **3.3 Compensação ao Abalo Social (Função Neo-retributiva)**

Modernamente, fundamenta-se também a retribuição na necessidade de compensação ao abalo social decorrente da infração (o que se aproxima das teorias da prevenção geral positiva ou de integração). A situação pode ser explicada pela psicanálise, pois a retribuição satisfaz a necessidade de castigo que a sociedade sente perante aquele que violou as regras sociais (ALMEIDA, 2000).

Diante da profundidade da abordagem, pertinente a transcrição do seguinte pensamento de Morselli (1997, p. 43):

A pena – vista segundo a psicologia da sociedade ao invés da ótica do delinquentes – realiza efetivamente uma grande função,

a de assegurar aquele profundo equilíbrio intrapsíquico entre as forças dos instintos.

Em outros termos, a pena satisfaz a suprema exigência de defender a ordem interior, antes mesmo daquela exterior, impedindo assim que, da falta de controle destas forças dos instintos, não surja o caos na vida psíquica, seja ela individual ou coletiva.

[...] o erro dos autores da chamada prevenção geral integradora ou positiva consiste em atribuir tudo isto à função geral preventiva da pena, quando, na nossa maneira de ver, trata-se simplesmente dos efeitos típicos da função retributiva, exatamente conforme a ótica da concepção clássica, iluminada pela visão psicodinâmica neo-retributiva. Em outras palavras, o erro daqueles que criticam a concepção retributiva ou neo-retributiva da pena, consiste em atribuir a ela uma dimensão distorcida e extremamente restritiva.

O autor conclui, afirmando, em outros termos, que não é de *prevenção geral integradora* que se deve propriamente falar, mas sim de retribuição integradora, ou melhor, de restituição do significado positivo e construtivo que sempre foi próprio da clássica idéia retributiva. A prevenção geral não é outra coisa senão a prevenção de futuros delitos, mas essa prevenção é simplesmente um *efeito induzido* da retribuição: efeito negativo de aflição e efeito positivo sobre o sentimento coletivo de justiça.

### 3.4. Função Social do Estado

Os partidários do abolicionismo penal afirmam que o sistema, além de não apresentar efeitos positivos, causa sofrimentos desnecessários, sendo difícil a manutenção do controle, o que motiva a eliminação desse ramo do Direito.

Porém, devemos distinguir os fins pragmáticos da função real atual da pena numa sociedade democratizada, pois o abolicionismo pode gerar reação vindicativa por parte dos ofendidos, pois a Vingança Privada somente fora eliminada quanto o Estado assumiu o monopólio da punição<sup>3</sup>. Episódios ocorridos em São Paulo durante o mês de maio de 2006, em que, após ataques a alvos policiais, várias pessoas supostamente ligadas a organizações criminosas foram mortas, supostamente, por grupos de extermínio, revelam, de maneira singela, que um sistema penal leniente sempre fomentará atos vindicativos.

<sup>3</sup> A vendetta, porém, é ainda muito comum. Em *Abril Despedaçado*, do albanês Ismail Kadaré (1982), obra literária adaptada para o cinema em 1987, na França, por Liria Bégéja, e, no Brasil, em 2001, por Walter Salles, encontramos a descrição do *Kanun* (Cânon), código de leis e rituais de sangue que volta a se manifestar depois de meio século de esquecimento (imposto pelos comunistas), consistente em um código moral do interior albanês, que determina a vingança dos que cometem assassinatos, num círculo vicioso. As famílias devem vingar seus mortos assassinando um membro da família do matador – de preferência o próprio atirador. O *Kanun* exige transparência, devendo o assassino proclamar a morte imediatamente.



#### 4. Caráter Preventivo da Sanção Penal

Com a prevenção, afirma-se o caráter utilitário da pena, qual seja, evitar a ocorrência de novas infrações penais (*punitur ne peccetur*). As Teorias Relativas enfocam a pena como medida preventiva e não retributiva, propiciando a intimidação do delinquente potencial, apesar de reconhecerem um mal para quem a sofre. Essa função preventiva, que é tão antiga como a idéia de retribuição, acabou sendo estruturada pelo bávaro Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833 – a pena como meio de intimidação sobre os indivíduos), passando pelo inglês Jeremy Bentham (1748-1832 – pena como prevenção geral, constituindo sacrifício indispensável ao interesse geral), até se sedimentar em Friedrich Nietzsche (1844-1900), que não vê diferença essencial entre criminosos e alienados.

A função preventiva somente alcança as infrações de pequena gravidade. A baixa eficácia do efeito intimidatório das penas é facilmente constatável pela consideração do rigor extremo das penas infligidas em certas épocas e até atualmente nos países que adotam a pena de morte, mas que não impedem a ocorrência de novos crimes graves. Por isso se afirma que, mais do que a severidade das penas, é a eficiência e rapidez da resposta penal que pode ter efeitos positivos no combate ao crime, o que se atinge mais facilmente por vias processuais.

Nas palavras de Zaffaroni (1998), “[...] quanto maior for a gravidade do crime, menor é a capacidade que tem a ameaça da pena para impedir a prática delituosa. Nós não cometemos o crime de parricídio, não pela ameaça do Código Penal, mas por razões éticas muito mais profundas”.

##### 4.1 Prevenção Geral

A prevenção geral manifesta-se antes da prática do delito, constituindo a pena instrumento político-criminal destinada a afastar do crime os integrantes da comunidade em geral, mediante ameaça de efetivação da sanção. Subdivide-se em prevenção geral negativa e prevenção geral positiva.

Segundo ainda Morselli (1997, p. 45):

[...] é um erro considerar a consolidação e o reforço dos sentimentos de justiça, de fidelidade à lei e de consciência jurídica coletiva, como objetivos finais da pena na concepção de prevenção geral. Devemos, aliás, considerá-los como ‘efeitos induzidos’, ou seja, indiretos, da função retributiva da pena. Sim, esta função deve ser considerada no sentido de satisfação das necessidades emocionais da união; isto, porém, é uma satisfação que não tem a finalidade em si mesma mas visa ao mais profundo mecanismo de defesa do Eu individual e social. Mais exatamente podemos dizer que é uma exigência de neutra-

lizar, isto é, de remover os efeitos da perturbação do equilíbrio intrapsíquico coletivo, e, conseqüentemente, do alarme social causado pelo fato criminoso na consciência coletiva.

É justamente através deste mecanismo de neutralização, ou de remoção do alarme social, ativado com a punição do réu, que se alcançam os efeitos da consolidação e reforço dos sentimentos de justiça, de fidelidade à lei e da consciência jurídica coletiva.

A pena é integradora, ou melhor, reintegradora dos valores fundamentais da vida coletiva, somente quando for considerada em função retributiva, ou seja, como correspondente do mal infligido pelo réu à sociedade. Se perder de vista este necessário significado de decorrência de um *malum actionis*, considerado, assim, a pena unicamente como um instrumento de política criminal, então, não será mais possível conseguir a já descrita neutralização do alarme social, nem, por conseguinte, a reconstituição do equilíbrio intrapsíquico individual e coletivo. Conseqüentemente, nem o sentimento de justiça e nem a consciência jurídico-social encontrarão a necessária satisfação e consolidação.

Existe, hoje, uma tendência cada vez mais acentuada na doutrina alemã e italiana, de abandonar os tradicionais esquemas dogmáticos, baseados no princípio fundamental da culpabilidade, ou seja, de responsabilidade ético-jurídica. Seja a teoria do crime, seja a da pena, são hoje reconstruídas por autores como Roxin e Jacobs, segundo significados pragmáticos, unicamente orientados e preocupados em soluções de política criminal. A justificação da pena no quadro da prevenção geral integradora – que aqui examinamos e criticamos – é, exatamente, um dos tantos frutos – o mais evidente, mas também o mais capcioso – desta nova concepção da dogmática criminal. Através da demonstração de sua inconsistência e de sua esterilidade justamente no plano dos efeitos práticos, acreditamos ter oferecido uma contribuição central na defesa da perspectiva dogmática tradicional.

#### **4.1.1 Prevenção Geral Negativa (ou de Intimidação)**

Baseada na coação psicológica, sustenta que a pena, através do mal causado ao delinqüente, constitui intimidação preventiva aos membros da comunidade, com efeito dissuasório do infrator potencial, que evitará cometer crimes. É o modelo clássico de resposta ao delito. Confere relevância à pretensão punitiva do Estado, sendo o castigo do delinqüente objetivo primário um mal justo e necessário.

É contestada por transformar o condenado em objeto, a serviço de fins gerais, qual

seja, a conscientização da população sobre o alcance da ameaça penal.

Como esse efeito é obtido independentemente da qualidade da pessoa que se submete à punição, nada impede, sob a ótica da prevenção geral negativa, a punição dos adolescentes. Aliás, os adolescentes, assim como as crianças, são extremamente sensíveis ao sistema castigo-recompensa.

Outro problema desse modelo é conduzir ao entendimento de que o aumento da criminalidade deve ser combatido por intermédio de penas mais rigorosas. Emblemática é a questão da estéril discussão sobre a redução da maioridade penal como meio de combate à delinquência<sup>4</sup>, especialmente quando se constata que todas as medidas socioeducativas, aplicáveis aos adolescentes infratores, ostentam paradigma penal, constituindo espécies de sanção penal.

A crença extrema na função preventiva geral negativa levou o legislador a considerá-la como indispensável para a solução de todos os conflitos sociais. Com isso, o Direito Penal perdeu a característica de *intervenção mínima e subsidiária*, adquirindo natureza de um conjunto de normas de atuação primária e imediata, apesar da ausência de estrutura dos órgãos públicos e a consideração das outras variáveis do processo dissuasório, como a natureza da infração, a personalidade do infrator, a agilidade do sistema penal, etc.

Outra variável relevante, porém não considerada nesse mecanismo dissuasório, é que o impacto psicológico da pena não é homogêneo, mas circunstancial e, portanto, insuscetível de prognóstico generalizado, podendo exercer extrema influência no homem médio, mas quase nenhuma em alguns tipos de criminosos<sup>5</sup>.

#### 4.1.2. Prevenção Geral Positiva (ou de Integração)

A pena produz a atualização da vigência e a confirmação das normas e dos valores dos bens jurídicos, motivando as pessoas a atuarem de acordo com o Direito, na medida em que depositam confiança no funcionamento do sistema. É a utilização da pena para restauração do equilíbrio, pacificação e segurança social abalados pelo crime,

<sup>4</sup> Pesquisa realizada pelo Instituto Vox Populi identificou que 84% das pessoas entrevistadas desejam a redução da maioridade penal (Veja, São Paulo, 16 ago. 2000, p. 63).

<sup>5</sup> Maranhão (1995) faz a seguinte classificação dos criminosos: 1. Tipo ocasional: a) personalidade normal; b) poderoso fator externo como desencadeante; c) crime como ato conseqüente do rompimento transitório dos meios contenedores dos impulsos; 2. Tipo sintomático (personalidade mórbida): a) personalidade com perturbação transitória ou permanente da função psíquica (ex.: oligofrenias, psicoses, demências, neuroses); b) mínimo ou nulo fator externo desencadeante; c) ato vinculado à sintomatologia da doença; 3. Tipo caracterológico (portador de defeito): a) personalidade com defeito constitucional ou formativo do caráter; b) mínimo ou eventual fato desencadeante; c) ato ligado à natureza do caráter do agente. Em relação às crianças e adolescentes, afirma (p. 107) que “[...] no curso evolutivo da criança, a importância materna vai decrescendo e a do pai vai progressivamente aumentando, até a fase adulta. Para exercer função equilibrada, o pai não pode ser ausente, omissivo, submisso à esposa, mas também não pode ser incompreensível, arbitrário ou despótico”, acrescentando que a síndrome da mãe inconstante produz o seguinte: desagregação familiar → inadaptação familiar e escolar → fuga (vida na rua) → adaptação ao “real imediato” e inadaptação social → formação de grupos dissociais → delinquência dissocial.

conferindo credibilidade ao Direito.

Afirma Dias (1999, p. 130) que, primordialmente, a finalidade visada pela pena há de ser a da tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto; e essa há de ser também, por conseguinte, a idéia mestra do modelo de medida da pena. Tutela dos bens jurídicos não, obviamente, num sentido retrospectivo, diante de um crime já verificado, mas com um significado prospectivo, corretamente traduzido pela necessidade de tutela da confiança e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada; nesse sentido, é uma razoável forma de expressão afirmar, como finalidade primária da pena, o restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime. Ainda segundo Dias (1999), a Günther Jakobs fica-se devendo a formulação – emitida na esteira da formulação de Luhmann – segundo a qual a finalidade primária da pena reside na estabilização contrafática das expectativas comunitárias na validade da norma violada.

Mais uma vez se vislumbra aqui que o conceito de inimputabilidade é normativamente construído, pois, diante de um ilícito grave praticado por um adolescente, faz-se também necessária a aplicação de sanção para restabelecer a confiança no Direito.

## **4.2. Prevenção Especial (ou Individual)**

Procura evitar que o agente volte a delinquir, atuando ao ser iniciada a execução da pena, exteriorizando os princípios de reinserção e ressocialização do infrator. Aqui, a pena, na realidade, visa à prevenção da reincidência. Apresenta-se como prevenção especial positiva e prevenção especial negativa.

### **4.2.1. Prevenção Especial Positiva (Modelo Ressocializador)**

Afirma que a pena é instrumento útil para evitar que o infrator volte a delinquir, com adoção de sanções admonitórias ou mediante a ressocialização do condenado através de tratamento terapêutico individualizado. Propõe uma intervenção positiva no condenado, procurando habilitá-lo para participar da sociedade, sem provocar estigmatização ou invadir sua autonomia ou personalidade. Propõe que, mais do que punido, o agente deve ser tratado. Almeida (2000, p. 99) elucida:

Afirmado-se um adepto das teorias correcionistas de Röder, Levy Maria Jordão estabelece, em ‘O Fundamento do Direito de Punir’ (ed. Coimbra, imprensa da Universidade, 1853), p. 28 e passim, uma interessantíssima relação entre o caráter regenerador da pena e sua função reintegradora e, simultaneamente, intimidatória. Começa por afirmar que as penas não são mais do que meios para atingir um fim, assim se desvinculando de qualquer teoria retributiva; e continua reflectindo que esse fim é a negação do crime e o restabelecimento do direito. É através dos meios empregados para melhoramento do criminoso (mas

sem, em caso algum, violar a sua personalidade) que se obtém a intimidação. A pena seria assim um bem, pois através dela se alcançaria o restabelecimento do estado de direito e se salvaria o criminoso da depravação, autêntico ‘suicídio moral’.

Porém, como o esforço ressocializador depende, primordialmente, do empenho do reeducando, visando dispensar seu consentimento formal, devem-se adotar técnicas e terapias que facilitem a posterior integração social do infrator.<sup>6</sup>

Os postulados dessa Teoria são perfeitamente admissíveis em relação aos adolescentes infratores. Os artigos 113 e 110 do ECA adotam a perspectiva de que a medida socioeducativa deve visar ao fortalecimento dos vínculos comunitários. Em (lamentável) consonância com essa premissa, o artigo 121, § 2º, do mencionado diploma, afirma que o tempo de internação é relativamente indeterminado, aguardando, portanto, a *readaptação* do infrator.

#### 4.2.2. Críticas ao Correcionalismo

O livre-arbítrio se opõe frontalmente ao correcionalismo. Afinal, o que autoriza o direito de educar e submeter a tratamento pessoas livres contra a sua vontade? Ademais, se o criminoso não deve ser punido, mas sim corrigido, a pena deve ser indeterminada, para perdurar pelo tempo necessário à *readaptação* do agente à vida em sociedade. Ocorre que a pena indeterminada, além de ofender o princípio da proporcionalidade no Direito Penal, somente é factível em uma sociedade de pessoas perfeitas.

Se o ato foi praticado livremente, sem qualquer exclusão da responsabilidade penal, é incoerente, mediante aplicação da pena, submeter o agente a métodos para uma *nova adaptação* à vida em sociedade. Os homens são livres quando praticam o bem e quando cometem crimes. Afinal, como tratar alguém por aquilo que fez por opção? Para tanto, devemos afirmar as distinções para os adeptos da Escola Clássica, em que, exceto para alienados e menores<sup>7</sup>, todo crime é um ato livre, sendo a pena mera retribuição, e os postulados da Escola Positiva, que defende que o crime é resultado de fatores endógenos e exógenos, enfatizando a pena com caráter preventivo.

O tratamento somente será eficaz após a definição das causas efetivas da criminalidade, o que passa pela análise completa da personalidade humana, situação que estamos longe de alcançar. Mesmo quando, após a *reeducação*, o agente não volta a delinquir, o que pode assegurar que foi a pena anterior que evitou a reincidência?<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Almeida (2000, p. 28), afirma que “[...] este objectivo só poderá ser atingido – se alguma vez o for – junto dos indivíduos com capacidade para serem corrigidos dos seus defeitos de carácter, o que pressupõe que estes não tenham origem em qualquer patologia impossível de dominar. O correcionalismo dirige-se a homens livres e responsáveis pelos seus actos, disponíveis para ouvir o apelo que, através da execução da pena, se lhes dirige.”

<sup>7</sup> Abrangendo apenas as crianças, mas não os adolescentes, diante do direito estatuído no artigo 16 do ECA.

<sup>8</sup> Neste sentido, Morselli (1997, p. 41), que acrescenta: “Rapidamente, passou-se, então, da euforia para a desilusão. A ideologia do tratamento foi definida por muitos como utopia, a tal ponto que mais de um autor (como Bettiol, na Itália, e Alf Ross, na Dinamarca), chegavam a falar em ‘mito da reeducação’. Contrariamente, os defensores da eficácia do tratamento

Ademais, como reeducar se os próprios valores sociais são extremamente mutáveis e maleáveis? Readaptar o criminoso para qual tipo de vida? Por isso, a Criminologia crítica afirma que, mais do que corrigir o delinqüente, faz-se necessária a correção da sociedade (BARATTA, 1983).

Além da preocupação com o criminoso, a pena deve se preocupar com os interesses da vítima. Assim, inicia-se um modelo reparador dos danos causados pelo crime, o que é de difícil conciliação com uma pena que se preocupa apenas em tratar o delinqüente.

Esses e outros aspectos levaram a descrédito a ideologia do tratamento. Conforme Almeida (2000, p. 131):

[...] à ressocialização por que o direito penal pugna importar apenas retirar os entraves e deixar que o indivíduo siga o seu caminho autônomo – ainda que a escolha seja, e se mantenha, contra a norma. O delinqüente deverá ser sempre sujeito de recuperação, e nunca objecto de uma ressocialização concebida de fora e imposta por meios mais ou menos sutis.

Gomes (1999, p. 35) noticia que uma extraordinária síntese da ideologia do tratamento ressocializador e de seu fracasso foi feita por Cervini (1993, p. 21), que procurou assinalar as marcantes diferenças entre as sociedades norte-americana e européia do princípio desse século até os anos 60: naquela, os estudos sociológicos procuravam demonstrar que o crime tinha origem, sobretudo, nas condições sociais; nesta, em que começava a prosperar o *Welfare State*, após a Segunda Guerra Mundial, surge uma ideologia político-criminal muito simples que consistia no seguinte: com o estado de bem-estar social não existem fatores sociais que concorrem para o crime – logo, sua origem está nos fatores (patológicos) individuais; daí a necessidade de tratar os delinqüentes, visando a sua reabilitação.

Continua referido autor afirmando que suas conseqüências e críticas não demoraram: a pena passou a ser (relativamente) indeterminada (e isso viola o princípio da proporcionalidade); a culpabilidade não serve para limitar a duração da pena, senão as necessidades de cada criminoso; a pena deixa de ser jurídica para se transformar numa realidade clínica; a própria expressão ressocialização não tinha um conteúdo concreto; de qualquer modo, ela deveria seguir qual conjunto normativo? Por outro lado, para além de ser violadora de direitos fundamentais, é inconciliável com a prisão, que reúne todas as características possíveis, não da ressocialização, senão da dessociali-

---

sustentavam que os fracassos deviam ser imputados ao fato de tal tratamento não ter sido aplicado corretamente e com a abundância de meios que se faziam necessários, e que, por conseqüência, longe de decretar a sua falência, o legislador deveria ulteriormente incentivá-lo... Deixando de lado o fracasso dos esforços voltados para a prevenção especial, a doutrina, de qualquer modo, tem se certificado que a ideologia do tratamento não é capaz de dar nenhuma resposta válida e coerente à interrogação 'por que se pune?' Como advertiu já no século passado, o nosso grande Francesco Carrara, punir e curar, punir e reeducar, punir e corrigir, são coisas totalmente incompatíveis e contraditórias entre si. Punir quer dizer, de fato, acarretar um mal, uma aflição, um malum passionis, enquanto curar, reeducar, corrigir quer dizer exatamente o contrário, isto é, acarretar um bem enorme."

zação (superlotação, prisionização, subcultura, estigmatização, opressão, corrupção, arbítrio etc.).

#### 4.2.3. Prevenção Especial Negativa

Segundo esta teoria, como é utópico corrigir o delinqüente, para evitar o crime é necessária a neutralização (mediante destruição física ou psíquica do indivíduo, prisão, controle eletrônico em liberdade, etc.) ou intimidação (contramotivação) do infrator. A pena deve atemorizar o criminoso ao ponto de ele não repetir a prática de crimes (inocuidade). É o que ocorre, por exemplo, com a sujeição dos adolescentes infratores, inclusive, à prisão perpétua (em alguns estados) nos Estados Unidos da América.

Afirma Dias (1999, p. 105) que é hoje seguramente de se recusar uma aceção da prevenção especial no sentido da correção ou emenda moral do delinqüente, mesmo que seja só no sentido de substituir às suas concepções pessoais os juízos de valor. Para tanto, falece ao Estado, de forma absoluta, a legitimação. De se recusar será igualmente o paradigma médico ou clínico da prevenção especial, sempre que ele se tome como tratamento coativo das inclinações e tendências do delinqüente para o crime. Ainda aqui não cabe ao Estado uma tal tarefa, a qual se apresentaria sempre como violadora da liberdade de autodeterminação do delinqüente e, por conseguinte, de princípios jurídico-constitucionais imperativos como o da preservação da eminente dignidade pessoal. Só por isso, segundo ainda Figueiredo Dias, o conteúdo mínimo da socialização – a *prevenção da reincidência* – pode passar na prova de fogo de um direito penal próprio do Estado de Direito.

### 5. Teorias Mistas

Os aspectos primordiais das teorias apontadas (retribuição, prevenção geral e prevenção especial) foram conjugados das mais variadas maneiras, no sentido de se encontrar uma doutrina adequada sobre os fins das penas, o que, porém, também não redundou em resultado adequado.

Afirma García-Pablos de Molina (1992, p. 14):

*[...] un sistema legal óptimo es aquel que no solo castiga pronto y bien (satisfacción de la pretensión punitiva del Estado), sino que está en condiciones de dar respuesta y satisfacción a las demandas y exigencias que el delito genera. Tales expectativas sociales son tres: reparación justa del daño que el crimen ha ocasionado a su víctima (función reparadora), reinserción del infractor en la sociedad una vez cumplida la condena merecida (función resocializadora) y solución satisfactoria del conflicto que el delito exterioriza, promoviendo un clima de conciliación y pacificación (función integradora).*

*[...] Pues el crimen, cuyo control corresponde al sistema legal,*

*no puede definirse como lacra, tumor o castigo del cielo, sino como doloroso problema social y comunitario; y esta caracterización obliga a asignar al sistema una rica gama de funciones más allá de la mera represión.*

## 6. Conclusão

Dessa forma, pode-se concluir que “[...] a variabilidade cultural das leis morais e de sua codificação impede que sobre elas se elabore uma teoria científica do crime, a partir da qual se deduzam terapias socialmente eficiente de correção” (PAIXÃO, 1987, p. 31).

É incorreto associar a função retributiva da pena com rigor excessivo, pois este também pode se fazer presente na função de prevenção geral negativa (transformação do condenado em objeto para demonstrar o alcance da ameaça penal) e na prevenção especial negativa (neutralização ou intimidação do infrator). Hábil relembra que uma das maiores garantias do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade, delimitador da intensidade da pena, é fruto da concepção retributiva. Portanto, com razão Morselli (1997, p. 43) ao afirmar:

[...] retribuição não é sinônimo de sádico desabafo de instintos agressivos, e nem é necessariamente sinônimo de retorsão, ou vingança a fim de si mesmo. Essa interpretação negativa do clássico pensamento é profundamente distorcida e restritiva, e ofende a idéia inspiradora que residia na mente e no coração dos grandes escritores ‘retribucionistas’, tais como Platão, Dante Alighieri, Tomás de Aquino, Leibniz, Kant, Vico, Hegel etc., para nos limitarmos aos pensadores não-juristas. É equivocado pensar que todas estas inteligências conceberam a pena simplesmente como *publica vindicta* e, portanto, limitaram-se a entendê-la como mero desabafo das exigências emotivas intrapsíquicas de punição por parte da sociedade. Se olharmos bem suas obras, veremos que foram justamente eles que conceberam a pena em função da realização e, portanto, da consolidação e do reforço dos sentimentos profundos de justiça, e, por conseqüência, dos sentimentos de fidelidade à lei e à ordem constituída.

Há um ditado árabe que diz: *quem tem medo do inferno, não vai para o inferno*, pois, é fácil concluir, procederá de modo adequado, afastando-se do potencial desfecho da saga pecaminosa. É a velha questão do livre-arbítrio. Transplantando para nosso tema poderíamos dizer: *quem tem medo da prisão, não vai para a prisão*. Atualmente, quem tem medo da prisão? Somente quem não precisa! A criminalidade violenta e organizada agradece.



## 7. Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dizionario di filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Modelos de inimizabilidade: da teoria à prática*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

BARATTA, Alessandro. Sobre a criminologia crítica e a sua função na política criminal. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA, 9., 1983, Viena. *Anais...*1983.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, 1983.

CERVINI, Raúl. *Los procesos de descriminalización*, 2. ed. Montevideo: Editorial Universidad, 1993.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. v. 1.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Tradução Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. Directrices politicocriminales del código penal español: un análisis crítico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARANHÃO, Odon Ramos. *Psicologia do crime*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MORSELLI, Élio. A função da pena à luz da moderna criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, 1997.

PAIXÃO, Antônio Luiz. *Recuperar ou punir?* Como o estado trata o crime. São Paulo: Cortez, 1987.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998.

SANTANA, Selma. Ambivalência do crime. *Boletim IBCrim*, São Paulo, n. 130, ago. 2003.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. O significativo atentado violento ao pudor. *Boletim IBCrim*, São Paulo, n. 132, nov. 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. *Jornal do Advogado*, abr. 1998.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.