



TEORIAS DA PENA: ESCORÇO HISTÓRICO, FUNDAMENTOS E FINALIDADES.

Jaqueline Santana dos Santos ¹

SUMÁRIO: 1 CONCEITO DE PENA. 2 ESCORÇO HISTÓRICO. 3 FUNDAMENTOS E FINS DA PENA. 3.1 TEORIAS ABSOLUTAS. 3.2 TEORIAS RELATIVAS. 3.3 TEORIAS MISTAS. 3.4 TEORIAS DA PENA. 4 NOTA CONCLUSIVA.

RESUMO: O presente estudo aborda a imposição da pena frente ao exame dos seus conceitos, histórico, fundamentos, fazendo alusão às teorias absoluta, relativa e mista para demonstrar a atual teoria da pena aplicada.

Palavras-chaves: Pena. Teorias. Histórico. Fundamentos.

ABSTRACT: This study addresses the imposition of the sentence against the examination of the concepts, history, fundamentals, alluding ace absolute, relative and mixed theories to demonstrate the current theory of the sentence.

Keywords: Punishment. Theories. Historic. Fundamentals.

1 INTRODUÇÃO: CONCEITO DE PENA

Impõe-se considerar a importância do estudo da teoria da pena e seus novos paradigmas. Por iguais razões, vimos a necessidade de apoiarmos o estudo sobre a pena para convocação de um tecnicismo aplicável à espécie, e ainda, as peculiaridades, as teorias e o surgimento na sociedade, como meio de alcançarmos os atuais modelos.

Quanto à origem da palavra pena, Gilberto Ferreira² afirma não ter uma origem certa e explica o seu significado da seguinte maneira:

Não é certa a origem da palavra pena. Para uns, viria do latim poena, significando castigo, expiação, suplício, ou ainda do latim punere (por) e pondus (peso), no sentido de contrabalançar, pesar, em face do equilíbrio dos pratos que deve ter a balança da Justiça. Para outros, teria origem nas palavras gregas ponos, poiné, de penomai, significando trabalho, fadiga, sofrimento e eus, de expiar, fazer o bem, corrigir, o no sânscrito (antiga língua clássica da Índia) punya, com ideia de pureza, virtude. Há quem diga que derive da palavra ultio empregada na Lei das XII Tábuas para representar castigo como retribuição pelo mal praticado a quem desrespeitar o mando da norma.

A pena é o nome que se dá a sanção penal imposta pelo Estado ao agente infrator que causa lesão ou perigo de lesão aos bens jurídicos tutelados, com o fim de retribuir pelo delito cometido e prevenir novos delitos.

¹ **Jaqueline Santana dos Santos.** É Advogada. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Professora, Palestrante e Consultora Jurídica em diversas Instituições.

² FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena.** Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 3.



Segundo Guilherme de Souza Nucci³ é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes.

Damásio de Jesus⁴ assim conceitua a pena:

Pena é uma sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo o fim é evitar novos delitos.

Gilberto Ferreira⁵ dá o seguinte conceito à pena:

[...] a pena é a consequência jurídica- o mal que se impõe- que implica a diminuição de bens jurídicos, ao autor imputável de fatos descritos de fatos descritos na lei como crimes.

Franz Von Liszt, citada por Gilberto Ferreira⁶, afirmava que a pena era um mal necessário que, por intermédio dos órgãos da administração da justiça criminal, o Estado infligia ao delinquente em razão do delito.

Pode ser atribuído o caráter preventivo à pena porque, através da norma penal incriminadora, a sociedade é intimidada, pois se sabe que caso um indivíduo realize determinada conduta típica será punido pelo Estado. E, também, porque o agente criminoso ao ser punido pelo Estado, o que se espera é que ele não volte a cometer crimes.

Para Guilherme de Souza Nucci⁷, o caráter preventivo pode ser analisado sob quatro enfoques:

[...] O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dias. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou, quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

Damásio de Jesus⁸ explica que a prevenção pode ser geral ou especial:

Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem novos crimes. Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo.

Além disso, a pena tem como objetivo ressocializar o agente criminoso, durante o cumprimento da pena, para que o mesmo não volte a delinquir. Por isso, é que, na fase da individualização judiciária da pena, deve o juiz fixar a pena de forma que garanta a repressão e prevenção do crime.

Outra característica dada a pena é a retribuição, ou seja, ao autor do crime será aplicada uma punição proporcional ao mal causado pela sua conduta criminosa.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 394.

⁴ JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 563.

⁵ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 5.

⁶ *Idem*, p. 3.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 394.

⁸ JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 563.



O que se evidencia no art. 59 do Código Penal⁹, *in verbis*:

Artigo 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I- as penas aplicáveis dentre as cominadas; II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Outra característica notória da pena é seu caráter punitivo, como se pode verificar no art. 121, §5º, do Código Penal¹⁰, segundo o qual o juiz pode aplicar o perdão judicial, desde que as consequências do crime atinjam o agente de forma tão que se torne desnecessária a aplicação da sanção penal.

Essas características atribuídas às penas podem também serem identificados em alguns dispositivos do Código Penal¹¹, mais especificamente o artigo 59 e o §5º do artigo 121, *in verbis*:

O juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Quanto ao caráter reeducativo, merece destaque o art. 10 e 22 da Lei de Execução¹², *in verbis*:

A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

Vale ressaltar também que Damásio de Jesus¹³ atribui ainda outros caracteres à pena, segundo ele, a pena é personalíssima, só atingindo o autor do crime, sua aplicação é disciplinada pela lei, é inderrogável, no sentido de certeza da sua aplicação e proporcional ao crime.

2 HISTÓRICO DA PENA

Para os doutrinadores que defendem à Teoria Criacionista, a pena surgiu quando a Adão e Eva comeram o fruto proibido e, por isso, foram condenados a sair do paraíso.

Gilberto Ferreira¹⁴ explica:

Para aqueles que se filiam à teoria criacionista, a pena nasceu quando Eva, estando proibida por Deus e cedendo a tentação da serpente, resolveu comer determinado fruto, tudo com a participação de Adão, com o que ambos praticaram aquela conduta que seria primeira transgressão. Com isto, foram punidos com a pena de degredo, sendo obrigados a deixar o paraíso.

Enquanto para os que acreditam na Teoria Evolucionista, a pena surgiu quando os primatas começaram a descer das árvores a procura de alimentos, momento em que, para se defenderem, tiveram que contra-atacar, constituindo a pena, portanto, um ato de vingança.

Gilberto Ferreira¹⁵ esclarece:

⁹BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2 848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 02 de abril de 2014.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹²BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7 210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 02 de abril de 2014.

¹³ JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 564.

¹⁴ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 5.



Para os partidários da teoria evolucionista, a pena surgiu quando os primatas, obrigados a descer das árvores (muito provavelmente devido à escassez de alimentos) resolveram se fixar na terra, em pequenos grupos. A primeira reação tida por esse grupo contra um ataque externo, caracterizou certamente, a par do instinto de defesa, a primeira punição, portanto, a primeira pena- um ato de defesa e de retribuição pelo mal praticado, uma vingança.

Dentro deste contexto, é importante destacar que a história da pena passou por seis períodos distintos: período da vingança privada, da vingança divina, da vingança pública, da humanização e da nova defesa social.

Para Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior¹⁶, a história do Direito Penal se encontra dividida em períodos: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e científico. Devido a esse fato o estudo histórico da legislação penal deve ser feito de forma autônoma, separado do estudo das ideias penais de cada época.

No período da vingança privada, a pena constituía um ato instintivo de defesa, sendo exclusivamente uma vingança, totalmente absurda e desregrada, por isso, considerada a mais primitiva. Além disso, não importava a pessoa nem o ato cometido pela mesma, essa mensuração ficava somente a cargo do ofendido. Não esquecendo também que a pena não era aplicada apenas ao criminoso, mas também a sua família.

Neste sentido, aborda Gilberto Ferreira¹⁷:

É a fase mais primitiva da história da pena. A punição é imposta exclusivamente como vingança. E não guarda qualquer medida com a pessoa do criminoso ou com o crime cometido. Vale a lei do mais forte, ficando sua extensão e forma de execução a cargo do ofendido. O delinquente tanto poderia ser morto, escravizado ou banido. A pena ultrapassa de longe a pessoa do infrator para se concentrar em sua família ou inteiramente em sua tribo, com total dizimação desta.

Segundo Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior¹⁸, a antiguidade é marcada como um período de vingança privada, pois a punição sempre era imposta como vingança, prevalecendo a lei do mais forte.

Depois foi criada a pena do Talião, que pregava “olho por olho, dente por dente”, que também continha inúmeros absurdos, sendo inclusive um exemplo Código de Hammurabi.

Guilherme de Souza Nucci¹⁹ abordava da seguinte maneira a respeito do critério do Talião:

[...] prevalecia o critério do talião [...] acreditando-se que o malfeitor deveria padecer o mesmo mal causado a outrem. Não é preciso ressaltar serem sanções brutais, cruéis e sem qualquer finalidade útil, a não se apaziguar os anônimos da comunidade, acirrados pela prática de infração grave. Entretanto, não é demais ressaltar constituir a adoção do talião uma evolução no Direito Penal, uma vez que houve, ao menos, maior equilíbrio entre o crime cometido e a sanção destinada ao seu autor.

É importante frisar que foi criada também a composição, segundo a qual, o criminoso cumpriria a pena indenizando a família da vítima.

Já no período denominado de vingança divina, o fundamento da pena passa a ser divindade, e não mais a vingança pelo mal praticado, um exemplo desse período é o Código Manu (Séc. XI, a.C.).

¹⁵ *Idem*, p. 6.

¹⁶ SHECARIA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

¹⁷ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 7.

¹⁸ SHECARIA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 61.



Gilberto Ferreira²⁰ explica para que servia a pena neste fase:

[...] A punição, pois, existe para aplacar a ira divina e regenerar ou purificar a alma do delinquente, para que, assim, a paz na terra fosse mantida. O Código de Manu (Séc. XI a.C.), sob o fundamento de que a pena purificava o infrator, determinava o corte dos dedos dos ladrões, evoluindo para os pés e mãos no caso de reincidência. O corte da língua para quem insultasse homem de bem; a queima do adúltero em cama ardente; a entrega da adúltera para a cachorrada.

De acordo com Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior²¹, na fase da vingança divina, o agressor deveria ser castigado para aplacar a ira dos deuses e reconquistar a sua benevolência.

No que concerne ao período de vingança pública, neste o Estado assume a responsabilidade pelo direito punitivo, com a finalidade de atender aos seus interesses. Mas a pena ainda continuou sendo severa, cruel e desproporcional. Um exemplo desse período é pena de morte.

Para Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior²², na fase denominada vingança pública, a severidade da pena passa a variar de acordo com o tipo de delito.

Guilherme de Souza Nucci²³ explica que adveio o que se convencionou chamar de vingança pública, quando o chefe da tribo ou do clã assumiu a tarefa punitiva.

Nestes períodos, a história relata que ocorreram as maiores barbáreis e atrocidades desumanas que se possa imaginar, com o fim de aplicar uma punição ao homem.

Gilberto Ferreira²⁴ assim sintetiza:

O mundo assistia, calado, a uma verdadeira atrocidades. Aqui e acolá se inventavam fórmulas, as mais cruéis possíveis, para execução dos condenados. Uma vez sentenciado, o homem deixa de ser humano. Passa a ser tratado como animal. O seu corpo é objeto de sevícias, as mais impressionantes. E tudo é feito não só para afligir, senão também para humilhar. Não bastava expor o homem a dor física. Era preciso que ele também se compadecesse moralmente. [...]

Neste cenário, Cesare Bonesane, marquês de Beccaria, escreveu um livro intitulado *Dei Delitti e Delle Pene* (Dos Delitos e das Penas), o qual foi publicado no ano 1764. Este livro mudou radicalmente as formas de execução de pena, dando início ao período humanitário.

Na referida obra, o autor fez críticas ao fato do juiz aplicar a pena sem previsão em lei, como também a aplicação da pena sem distinção entre os acusados. Insurgiu-se contra a lentidão dos processos, analisa as espécies de pena, combatendo as mais severas, mais especificamente a pena de morte.

Gilberto Ferreira²⁵ assim disserta:

[...] entendendo que o juiz não poderia impor pena que não tivesse prevista em lei, devendo interpretá-la de forma a não cometer abusos. Ataca a prisão, afirmando que se atiravam na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; que era antes de tudo um suplício e não um meio de deter o acusado; [...]

²⁰ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 8.

²¹ SHECARIA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

²² *Idem*, p. 28.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 61.

²⁴ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 12.

²⁵ *Ibidem*, p. 13.



Neste período humanitário, a pena de morte passou a ser abolida, as penas corporais e infamantes aos poucos também foram sendo extintas, dando lugar as penas privativas de liberdade, para as quais foi preciso a construção de presídios. Além disso, a preocupação maior era a humanização da pena.

No que diz respeito ao período científico, a pena passa a ser vista como um remédio. Esse período tem início com Cesare Lombroso. Foi a partir dos estudos de Lombroso, que começaram os estudos voltados ao criminoso, suas características antropológicas, do crime e de suas causas. Isso porque a teoria do criminoso nato de Cesare Lombroso, explicava que o ser humano já nascia com características físicas peculiares que o identificavam como criminoso.

Guilherme de Souza Nucci²⁶ ressalta:

Com a publicação do livro *O homem delinquente* (1876), de Cesare Lombroso, cravou-se o marco da linha de pensamento denominada escola Positiva. Lombroso sustentou poder o ser humano nascer um criminoso, submetido a características próprias, originadas de suas anomalias físico-psíquicas. Dessa forma, o homem nasceria delinquente, ou seja, portador de caracteres impeditivos de sua adaptação social, trazendo como consequência o crime, algo naturalmente esperado. Não haveria livre-arbítrio, mas simples ativismo. [...] A escola Positiva exerceu forte influência sobre o campo da individualização da pena, princípio regente do Direito Penal até hoje, levando em consideração, por exemplo, a personalidade e a conduta social do delinquente para o estabelecimento da justa sanção.

Gilberto Ferreira fala²⁷ o seguinte sobre este período:

No período a que se convencionou chamar de científico, o delito é considerado um sintoma patológico de seu autor. Por isso, a pena passa a ser vista como um remédio, não mais como um castigo. E deve ser ministrada conforme a periculosidade do delinquente. A sanção, pois, é o meio de defesa social.

Em consequência desses estudos propostos por Lombroso, nascem as ciências penais como a antropologia criminal, a criminologia e a sociologia criminal, a política criminal e a ciência penitenciária. Vale salientar também que, neste período, deu-se ênfase a individualização da pena, a periculosidade e medida de segurança.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci²⁸ esclarece:

O destino da pena, até então, era a intimidação pura, o que terminou saturando muitos filósofos e juristas, propiciando, com a obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana, o nascimento da corrente de pensamento denominada escola clássica. Contrário à pena de morte e às penas cruéis, pregou o Marquês de Beccaria o princípio da proporcionalidade da pena à infração praticada, dando relevo ao dano que o crime havia causado à sociedade. O caráter humanitário presente em sua obra foi marco para o Direito Penal, até por que se contrapôs ao arbítrio e a prepotência dos juizes, sustentando a fixação de penas pelas leis, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las tal como postas. Insurgiu-se contra a tortura como método de investigação criminal e pregou o princípio da responsabilidade pessoal, buscando evitar que as penas pudessem atingir os familiares do infrator, algo corriqueiro até então. A pena, segundo defendeu, além do caráter intimidativo, deveria sustentar-se na missão de regenerar o criminoso. (2009, p. 63)

Quanto ao período denominado nova defesa social, o qual teve início em 1945 com o professor italiano Filippo Gramatica, tinha como objetivo a defesa social através da abolição do direito penal e do sistema penitenciário.

Guilherme de Souza Nucci²⁹ destaca:

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

²⁷ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 16.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 63.

²⁹ *Ibidem*, p. 72.



A nova defesa social reconhece ser a prisão um mal necessário, com inúmeras consequências negativas, devendo-se, no entanto, abolir a pena de morte. Prega, ainda, a descriminalização de certas condutas, especialmente aquelas consideradas crimes de bagatela, evitando-se o encarceramento indiscriminado.

Dentro desse período, ainda teve outro percussor, que foi Marc Ancel, que defendia não a abolição do Direito Penal, mas defendia uma preocupação com a humanização das instituições penais e a recuperação social do delinquente.

Gilberto Ferreira³⁰ assim disserta:

O Movimento de Defesa Social não quer a extinção do direito penal ou do sistema penitenciário de forma radical, como a princípio se possa parecer. Deseja, em verdade, que isto ocorra lentamente, aos poucos, através de uma transformação que dê um verdadeiro sentido a punição do delinquente, ressocializando-o, de modo a proteger não os direitos humanos, a dignidade do homem em si, mas a sociedade como um todo.

Os adeptos desse movimento ainda acrescentam que a prisão não ressocializa nem regenera o preso, mas antes o corrompe ainda mais, além de onerar sobremaneira o Estado.

Gilberto Ferreira³¹ ainda ressalta:

[...] Para os defensores do Movimento de Defesa Social [...] a prisão não regenera, nem ressocializa, antes perverte, corrompe, destrói, aniquila a saúde, a personalidade, estimula a reincidência e onera sensivelmente o Estado, sendo uma verdadeira escola do crime, paga e manipulada pelos cofres públicos. Por isso, a cadeia deve ser reservada somente aos delinquentes perigosos, que não ofereçam a mínima possibilidade de recuperação. Aos demais, deve-se impor medidas alternativas, substitutivas da prisão.

Dessa forma evidencia-se que a abolição do direito penal não é a solução para a criminalidade, deve-se antes resolver a questão da desigualdade social, melhorar a educação e a saúde, só depois será possível eliminar o crime e, conseqüentemente, a pena.

3 FUNDAMENTOS E FINS DA PENA

A pena tem como finalidade e fundamento assegurar o cumprimento das normas penais através da imposição de penas proporcionais, além de objetivar com a aplicação da pena devida a retribuição, prevenção e ressocialização.

Segundo Luiz Regis Prado³², a pena é considerada a mais importante das consequências jurídicas do delito, por consistir na privação ou restrições de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal.

Para Guilherme de Souza Nucci³³, há seis fundamentos para existência da pena:

Inicialmente, em um visão abrangente, há seis fundamentos para a existência da pena: a) denúncia: fazer com a sociedade desaprove a prática do crime; b) dissuasão: desaconselhar as pessoas de um modo geral e, particularmente, o próprio criminoso à prática delitativa; c) incapacitação: proteger a sociedade do criminoso, retirando-o de circulação; d) reabilitação: reeduca o ofensor da lei penal; e) reparação: trazer alguma recompensa à vítima; f) retribuição: aplicar ao condenado uma pena proporcional ao delito cometido.

³⁰ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 19.

³¹ *Idem*, p. 19.

³² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 488.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.58.



O aplicador da pena deve ter uma visão geral do conceito de pena, seus fundamentos e sua finalidade, a fim de que possa aplicá-la da forma devida. Mas compreender o sentido da pena não é uma tarefa fácil, em virtude disso, ao longo do tempo, várias teorias foram formuladas para tentar explicá-lo.

Entre essas teorias que abordavam o sentido da pena podemos citar: a teoria da vingança, segundo a qual o homem que tivesse seu direito ferido, poderia ofender o direito do outro, por este tê-lo ofendido primeiro, constituindo uma vingança, teoria esta defendida por Hume, Pagano, Vecchioni, Bruckner, Raffaeli e Romano; a teoria da vingança purificada, por esta não era o homem mais que se vingava, mas a própria sociedade fazia isso por ele, tendo como defensor Luden; teoria da aceitação, de acordo com esta teoria, a pena passa a ser determinada pela lei, e o homem passa a considerar legítima sua imposição na medida em que a mesma é transgredida.

Sobre a teoria da vingança, assim explica Gilberto Ferreira³⁴:

A legitimidade do direito de punir estaria no sentimento inato de vingança do homem. Desde que ofendido, o homem poderia ofender, pela simples razão de ter sido ofendido. Trata-se de um primitivismo inaceitável, que coloca o ódio como fundamento de um princípio ético, o que é um absurdo.

Além dessas teorias, há outras de relevante importância para compreensão do tema deste trabalho, quais sejam: a teoria da convenção, consoante a qual a pena tem por objetivo proteger os cidadãos, baseia-se no contrato social de Rousseau; a teoria da associação, de acordo com esta teoria a sociedade tem o direito de punir; a teoria da correção, que é defendida por Roeder, diz que a pena tem como finalidade a correção do culpado; a teoria da intimidação, em conformidade com esta, a pena serve para intimidar os homens, a fim de que os mesmos não venham a cometer crimes; teoria do constrangimento psicológico, que explica que a ameaça de aplicação da pena e a certeza de sua execução constrange o homem, psicologicamente, de tal forma, tende a impedi-lo de cometer delitos.

No que diz respeito à teoria da convenção, esclarece Gilberto Ferreira³⁵:

Baseia-se no contrato social de Rousseau. A pena tem por objetivo proteger e conservar os contratantes. Essa conservação dar-se-ia de três maneiras: 1) o direito penal é o direito de defesa individual, cedido à sociedade pelos cidadãos; 2) o próprio indivíduo cede à sociedade o direito de punir seu ofensor; 3) cada um renuncia, em favor da sociedade, parte de seus direitos, devendo ser punido caso viole as leis integrantes dessa co-associação. (1997, p. 24)

Por fim, há ainda a teoria da defesa e a teoria do ressarcimento. Para a primeira, a defesa feita pelo Estado dos direitos fundamentais tem como finalidade a prevenção, através da aplicação de pena, visando evitar o cometimento de novos crimes. Já para a segunda, a pena fundamenta-se no direito que o ofendido tem ao ressarcimento pelos danos sofridos em virtude da ocorrência do crime.

Gilberto Ferreira³⁶ diz o seguinte a respeito dessas duas teorias:

[...]

i) Da defesa: O delito coloca em risco a própria segurança do Estado. Naturalmente que, como pessoa jurídica, vale dizer, como qualquer pessoa, tem o direito inato de se defender, contra aqueles que o atacam, violando seus bens fundamentais. A defesa se faz com vista à prevenção, para que novos delitos não ocorram e se realize através da imposição de uma pena.

³⁴ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 23-24.

³⁵ *Idem*, p. 24.

³⁶ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 25.



j) Do ressarcimento: Segundo esta teoria, o fundamento da pena está no direito de que tem o ofendido de se ver ressarcido dos danos morais e ideias sofridos em razão do crime. Esse ressarcimento se faz através da expiação da pena, do mal que se inflige ao delinquente.

Além dessas teorias, há uma classificação quanto aos fins e fundamentos da pena em teorias absolutas, relativas e mistas, que serão tratadas a seguir.

3.1 TEORIAS ABSOLUTAS

Para as teorias consideradas absolutas, o fundamento a pena é exclusivamente moral e ético, na medida em que ocorre o crime, a pena deve ser aplicada. Além disso, a pena tem caráter exclusivamente retributivo, ou seja, como na lei de talião, “olho por olho, dente por dente”. Ao se retribuir o mal pelo mal, está também prevenindo a ocorrência de novos crimes.

Guilherme de Souza Nucci³⁷ assim descreve a teoria absoluta:

A primeira [...], denominada absoluta, defendia a finalidade eminentemente retributiva da pena, voltada ao castigo do criminoso. O fundamento da pena era a justiça e necessidade moral, pouco interessando sua efetiva utilidade. [...]

Gilberto Ferreira³⁸ sintetiza:

Dentro dessas teorias encontramos aqueles, como Sthal, Jarcke, Brun, que dão fundamento religioso à pena, sustentando a ideia de que o crime é violação a um direito divino, e a sanção uma imposição divina, que é delegada aos homens para aplicá-la. Outros, como o próprio Kant, Mamiani, Mancini advogam que o crime é violação à ordem moral e pena, de consequência, um dever ético de reparação. Já para Hegel, Mayer, Maggiore, sendo o crime um fato contrário ao direito e não somente à moral, a pena é uma compensação jurídica, pela violação de um princípio ético-jurídico.

Giuseppe Bettiol é um ardoroso defensor da pena retribuição. Advoga que a pena, enquanto retribuição, é o melhor meio de defesa da sociedade, já que detém força coesiva suficiente para assegurar uma convivência social ordenada.

Luiz Regis Prado³⁹ afirma que para as teorias absolutas o fim da pena é tido como exclusiva retribuição, ou seja, compensação do mal causado pelo crime.

Julio Fabrini Mirabete⁴⁰ explica:

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

É necessário ainda destacar que para a teoria absoluta, durante o Estado absolutista, a pena era vista como um castigo com qual se pagava o mal cometido, considerando inclusive, que o homem que violasse a lei estaria afrontando também a Deus. Já com o mercantilismo, a pena passa a ser vista como a retribuição a perturbação da ordem jurídica. Na verdade, em

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 68.

³⁸ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 26.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 489.

⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. v. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do Código Penal. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009, p. 244.



conformidade com a teoria absoluta, a pena tem como finalidade a proteção da liberdade individual e garantia da justiça.

Julio Fabrini Mirabete⁴¹ diz o seguinte:

As teorias absolutas (de retribuição ou retribucionistas) têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime (punitur quia peccatum est).

Neste mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt⁴² aborda:

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, é o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da substituição do divino homem operada neste momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal.

Vale salientar que, para a teoria absoluta, a pena tem como objetivo apenas punir o acusado pelo mal que causou a uma pessoa ou a coletividade, a fim de fazer com que o mesmo compreenda que está sendo punido por ter violado as normas jurídicas e, conseqüentemente, ter desrespeitado seus semelhantes. Para essa teoria, a pena não é uma forma de ressocializar nem muito menos de reparar o mal causado pela conduta delituosa.

Haroldo Caetano da Silva⁴³ explica:

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma.

É válido destacar que há entendimento no sentido de que, para a teoria absoluta, a pena é uma conseqüência do mal cometido pelo criminoso, e objetiva a busca pela justiça. Neste sentido afirma Magalhães Noronha⁴⁴:

As absolutas fundam-se numa exigência de justiça: pune-se porque se cometeu crime (punitur quia peccatum est). Negam elas fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. É ela simples conseqüência do delito: é o mal justo oposto ao mal injusto do crime.

Mas há que entenda também que a pena vai além da busca pela justiça. Assim explica Cezar Roberto Bitencourt⁴⁵:

Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, é o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto. Isto se entende quando lembramos da substituição do divino homem operada neste momento histórico, dando margem à implantação do positivismo legal.

É salutar destacar que a pena corresponde a reprovação da conduta criminosa perpetrada pelo agente delituoso, o qual tem livre arbítrio e agiu conforme sua consciência, sendo, por isso, responsável pelos seus atos. Sobre isso, assim explica Paulo S. Xavier de Souza⁴⁶:

⁴¹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1, p. 244.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**. Vol. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 74.

⁴³ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 35.

⁴⁴ NORONHA, M. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 223.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal/ Parte Geral**. Vol. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 74.



Em síntese, para a teoria retributiva, a pena assume aspecto de castigo talionalmente vinculado com a magnitude do injusto e reprovação da culpabilidade do delinqüente, retribuindo a culpa do homem que atuou livremente (imputáveis), ao contrario das medidas aplicadas contra aqueles que não agiram (inimputáveis), que não podem ser reprovados.

Constata-se que a finalidade dessa teoria é punir o delinqüente através do encarceramento, como uma forma de retribuição pelo mal causado que o mesmo deu causa, já que tinha a faculdade de delinquir ou não, além de ser uma forma do Estado demonstrar o seu poder, por meio da aplicação das sanções previstas na legislação.

3.2 TEORIAS RELATIVAS

No que se refere às teorias relativas, estas, por sua vez, não objetivam a retribuição do mal pelo mal, mas, sim, evitar que o agente criminoso cometa outros crimes. Além disso, visam também à prevenção do crime e, em decorrência, a segurança e defesa da sociedade.

João José Leal⁴⁷ justifica o surgimento da teoria relativa da seguinte maneira:

Com a restrição apresentada à teoria absoluta, surgiram as teorias relativas, que buscam fundamentar a existência da pena no seu aspecto utilitário. Admite-se que esta não tem um valor absoluto, mas existe para cumprir determinadas funções que são úteis à preservação da convivência social.

Guilherme de Souza Nucci⁴⁸ assim salienta que a segunda, considerada relativa, entendia dever a pena ter um fim utilitário, consistente na prevenção geral e especial do crime. Assim também afirma Julio Fabrini Mirabete⁴⁹, segundo o qual nas teorias relativas (utilitárias ou utilitaristas), dava-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção, sendo que para ele, o crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada.

Paulo S. Xavier de Souza⁵⁰ faz a seguinte distinção entre a teoria absoluta e a teoria relativa:

De acordo com as teorias preventivas da pena, diferentemente da teoria retributiva que visa basicamente, retribuir o fato criminoso e realizar a justiça, a pena serviria como um meio de prevenção da prática do delito, inibindo tanto quanto possível a prática de novos crimes, sentido preventivo (ou utilitarista) que projeta seus efeitos para o futuro (ne peccetur).

É importante ressaltar que a prevenção pode ser classificada em geral e especial, sendo que aquela é direcionada à coletividade, e esta é voltada ao agente infrator da norma.

Gilberto Ferreira⁵¹ assim explica esta classificação:

A prevenção de que tratam as teorias relativas seria obtida por dois meios. Um geral, voltado à coletividade e tendo como instrumento à intimidação. Outro especial, voltado ao próprio delinqüente, e se daria, através da emenda ou da segregação. Aquele tem função social, e visa proteger a sociedade de novos crimes; este individual, tendo por objetivo evitar a reincidência. Como exemplo de teorias relativas, que visam à prevenção geral, há a teoria da intimidação, do constrangimento psicológico, da defesa, as quais já foram abordadas anteriormente. E, como, exemplo de teoria relativa que visa à prevenção especial, há a teoria do ressarcimento, a qual também já foi explicada anteriormente.

⁴⁶ SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da Penal: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 71.

⁴⁷ LEAL, João José. **Direito Penal** -Parte Geral. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 383.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 69.

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**-Parte Geral. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 244.

⁵⁰ SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da Penal: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 75.

⁵¹ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 27.



Há, ainda, doutrinadores defensores da ideia de que a pena atingia seus fins em três fases: na cominação, feita pelo legislador, na imposição e na execução. Gilberto Ferreira⁵² explica sobre isso fazendo referência ao doutrinador Heleno Cláudio Fragozo:

Heleno Cláudio Fragozo encarava os fins da pena a partir de três momentos: o da cominação, feita pelo legislador, e que se constituía na ameaça que recaía nos destinatários da norma para que se abstivessem de cometer crimes; o da imposição, através da punição do criminoso e concretização da ameaça, a fim de que os criminosos em potencial desistam da ideia de cometer crimes, certos de que em assim o fazendo serão punido; e da execução, visando a não fazer sofrer o réu, senão ressocializá-lo.

Francesco Carnelutti⁵³ faz a seguinte explanação a respeito da finalidade da pena:

Para tanto serve, em primeiro lugar, o castigo que, provocando o sofrimento de quem cometeu o delito, cria um contra-estímulo ao cometimento de outros; por isso *punitur ne peccetur*, isto é, a fim de tentar dissuadir o condenado a pôr-se em condições de ter de ser punido novamente. Sob este aspecto, o Direito Penal opera sobre a necessidade, constituindo um *vinculum quo necessitate adstringimur aliiuius... rei faciendae vel non faciendae*; a obrigação penal, da qual se ocupa a ciência do Direito Penal material, é a expressão da finalidade preventiva do Direito Penal.

É salutar enfatizar que, para a teoria relativa, a pena tem por objetivo a prevenção de novos delitos, busca impedir que os condenados voltem a cometer delitos, por isso, o condenado deve ser punido imediatamente, pois se presume que o mesmo irá cometer novos crimes.

Haroldo Caetano da Silva⁵⁴ fala o seguinte sobre a teoria relativa:

Para a teoria relativa ou preventiva, a sanção penal tem finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novas infrações. A prevenção terá então caráter geral, na qual o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da lei penal, objetivando inibir as pessoas da prática criminosa; e caráter especial, visando o autor do delito, de maneira que, afastado do meio livre, não torne a delinquir e possa ser corrigido.

Nesse diapasão, é importante também salientar que, em conformidade com a teoria relativa, a pena além de prevenir a ocorrência de novos crimes por parte do delinquente, intimida outras pessoas, a fim de que essas não venham a cometer crimes. Neste sentido, Inacio Carvalho Neto⁵⁵ manifesta-se:

Pela teoria relativa, a pena é uma medida prática que visa impedir o delito. Esta teoria é dividida em duas: a da prevenção geral e a da prevenção especial. Para a primeira, o principal escopo e efeito da pena é a inibição que esta causa sobre a generalidade dos cidadãos, intimidando-os. Para a segunda, a pena visa a intimidação do delinquente ocasional, à reeducação do criminoso habitual corrigível, ou a tornar inofensivo o que se demonstra incorrigível.

Há quem considere ainda que a pena é uma necessidade da sociedade. Magalhães Noronha⁵⁶ assim defende esse entendimento:

As teorias relativas procuram um fim utilitário para a punição. O delito não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Não repousa na ideia de justiça, mas de necessidade social (*punitur ne peccetur*). Deve ela dirigir-se não só ao que delinuiu, mas advertir aos delinquentes em potencial que não cometam crime. Consequentemente, possui um fim que é a prevenção geral e a particular.

⁵² Idem, p. 28.

⁵³ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Vol. 1. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 73.

⁵⁴ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 35.

⁵⁵ CARVALHO NETO, Inacio. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 15.

⁵⁶ NORONHA, M. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 223.



Além disso, outros doutrinadores defensores da teoria relativa, afirmam que a pena também apresenta o caráter ressocializador. Um exemplo é o doutrinador Romeu Falconi⁵⁷, o qual explica da seguinte forma essa função da pena:

Os positivistas raciocinam diferentemente em relação à pena e suas consequências práticas. Essa Escola positiva as teorias “relativas”, e entende que a pena deve ter finalidade “UTILITÁRIA”. Assim, deve ela não-somente ter por escopo a punição, mas também recuperar o delinquente para o convívio social. [...]. A pena deverá servir ademais, como “prevenção”. Essa “prevenção” poderá ser “geral”, que é aquela que reflete sobre os demais elementos da sociedade, servindo de “intimidação” para aqueles que, porventura, pretendam praticar qualquer conduta delituosa. A prevenção “especial”, de sua parte, reflete diretamente sobre a pessoa do criminoso. Trata-se aqui de demonstrar ao criminoso que, se errou, o Estado punirá, visando, assim, à sua “ressocialização”.

É evidente que, para a teoria relativa, a pena não tem como objetivo principal a punição do criminoso, mas sim a prevenção de novos crimes, além de ser uma forma de aplicar a justiça. Além disso, como bem demonstrado, a pena visa tanto a prevenção geral, dirigida à coletividade, através da imposição do medo pela possibilidade ser punido, como a prevenção específica, direcionado ao próprio delinquente, a fim de que o mesmo não volte a delinquir.

3.3 TEORIAS MISTAS

A teoria mista, como próprio nome já evidencia, acaba conciliando a teoria absoluta e a teoria relativa, tendo em vista que defende que pena tanto tem como fundamento a retribuição como também a prevenção, a fim de garantir a segurança e a defesa da sociedade.

Julio Fabrini Mirabete⁵⁸ esclarece que com a teoria mista passou-se a entender a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção.

Segundo Haroldo Caetano da Silva⁵⁹, da combinação entre as duas primeiras teorias, surge a terceira: a teoria mista ou eclética, para ele, conforme esta teoria, a prevenção não exclui a retributividade da pena, mas se completam.

Romeu Falconi⁶⁰ explica a dupla finalidade da pena da seguinte maneira:

Os adeptos das teorias denominadas UNITÁRIAS utilizam-se de alguns dos pressupostos de cada uma das Escolas anteriormente referidas. Para estes, o ideal é a pena de duplo escopo, visando ao reaproveitamento social daquele que um dia delinuiu. A isso chamamos de “teorias mistas”. Aceitam a pena como “retribuição”, pois o criminoso praticou ato lesivo; não citam a pena apenas como “prevenção”, mas como meio próprio de reeducação do criminoso

Gilberto Ferreira⁶¹ explica essa teoria a partir da tese defendida por Francesco Carnelutti:

Para Francesco Carnelutti o fim principal da pena não poderia ser outro senão a retribuição como reação contra o delito, expressada através da expiação ou da vingança, ressaltando, no entanto, que a pena tinha um fim secundário, acessório, que consistia na prevenção especial, de impedir que o réu voltasse a delinquir.

⁵⁷ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3 ed. São Paulo: Ícone, 2002, p. 249.

⁵⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal-Parte Geral**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 245.

⁵⁹ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 36.

⁶⁰ FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3 ed. São Paulo: Ícone, 2002, p. 250.

⁶¹ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 29 .



A teoria adotada pelo Brasil foi a teoria mista, já que a pena tem como finalidade tanto a retribuição, a fim de que o agente criminoso sejam punido pelo mal que causou à vítima e ao Estado, assim como a prevenção, seja atuando sobre a coletividade, seja quando dirigida ao próprio delinquente, mas almejando evitar o cometimento de novos crimes.

Paulo S. Xavier de Souza⁶² explica por que a teoria mista orienta os fins da pena:

A teoria mista permitiria orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade, fidelidade ao direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinquente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critério limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais.

Vale destacar que, a partir da leitura do art. 59 do Código Penal⁶³, é evidente que o ordenamento jurídico brasileiro optou pela teoria mista, *in verbis*:

Artigo 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Gilberto Ferreira⁶⁴ enfatiza:

De qualquer maneira, qualquer que seja o fundamento da pena que se lhe dê, a pena deve ser pública, determinada, proporcionada e justa, devendo ser cumprida em condições que preservem a dignidade do homem e permitam que toda sua terapêutica se faça sentir de modo a atingir seus objetivos.

Na concepção de Fernando Capez⁶⁵, para a teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória, a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva – *punitur quia peccatum est et ne peccetur*⁶⁶.

De acordo Inacio Carvalho Neto⁶⁶, a teoria mista surgiu das críticas opostas em relação à teoria absoluta e à teoria relativa, o que, segundo ele, acabou na tentativa de fundi-las, mesclando-se os conceitos preventivos com os retributivos.

Complementando esse entendimento, Magalhães Noronha⁶⁷ afirma que as teorias mistas conciliam as precedentes, e que a pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins da reeducação do criminoso e de intimidação geral.

Vale salientar que a pena, na teoria mista, engloba tanto a retribuição pelo delito cometido quanto a prevenção geral e especial. Neste sentido, discorre Cezar Roberto Bitencourt⁶⁸:

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.

⁶² SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da Penal: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 85.

⁶³ BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2 848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 02 de abril de 2014.

⁶⁴ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 31-32.

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte geral. 9. ed. (rev. e atual.) São Paulo: Saraiva, 2005, p. 358.

⁶⁶ CARVALHO NETO, Inacio. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 16.

⁶⁷ NORONHA, M. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 223.

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal/Parte Geral**. Vol. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88.



É salutar mencionar também que, consoante a teoria mista, a pena além de apresentar um caráter intimidativo e retributivo, passa a ter uma função ressocializadora. Neste panorama, Paulo José da Costa Júnior⁶⁹, faz a seguinte explicação:

Modernamente, adotou-se um posicionamento eclético quanto às funções e natureza da pena. É o que se convencionou chamar de pluridimensionalismo, ou *mixtum compositum*. Assim, as funções retributiva e intimidativa da pena procuram conciliar-se com a função ressocializante da sanção. Passou-se a aplicar a pena *quia peccatum est et ut ne peccetur*".

Há doutrinadores que dissertam que a pena ainda apresenta um caráter de ordem moral, além do intimidativo, retributivo e ressocializador. Assim se manifesta João José Leal⁷⁰:

Modernamente, teorias mistas ou ecléticas procuram justificar a aplicação da pena com fundamento de ordem moral (retribuição pelo mal praticado) e de ordem utilitária (ressocialização do condenado e prevenção de novos crimes). A pena guarda inegavelmente seu caráter retributivo: por mais branda que seja, continua sendo um castigo, uma reprimenda aplicável ao infrator da lei positiva. Ao mesmo tempo, busca-se com ela alcançar metas utilitaristas, como a de evitar novos crimes e a de recuperação social do condenado.

Nota-se que a teoria mista é a junção das teorias absoluta e relativa, e busca punir e prevenir o crime para garantir a proteção dos bens jurídicos, sendo que a punição é proveniente da teoria absoluta, ao passo que a prevenção advém da teoria relativa.

Em virtude disso, é que foram criadas medidas alternativas para substituir a penas privativas de liberdade, a exemplo das penas restritivas de direito e da pena de multa citadas anteriormente.

Com essa abordagem que foi feita sobre a pena, assim como os princípios a ela aplicados, é essencial dar continuidade falando a respeito das fases de aplicação da pena para melhor compreensão do tema.

4 NOTA CONCLUSIVA

No presente artigo buscou-se demonstrar que a pena é uma sanção penal imposta pelo Estado ao agente infrator, detendo caráter preventivo ao intimidar a sociedade, visando a ressocialização para que eventual infrator não volte a delinquir, além de ser retributiva, punitiva e reeducativa.

Sobremais, para que a pena adquirisse as características acima destacadas passou por uma evolução histórica, desde a teoria criacionista e evolucionista, por seis períodos distintos, quais sejam: da vingança privada, vingança divina, vingança pública, da humanização e da defesa social, cada qual com suas peculiaridades. Analisando cada um dos períodos, fica evidente que a abolição do direito penal não é solução para criminalidade.

Vale salientar que a pena tem como finalidade e fundamento assegurar o cumprimento das normas penais, além de objetivar com a sua aplicação a devida retribuição, prevenção e ressocialização. Devido a isso, é o que o aplicador da pena deve entender o seu real sentido, através de seu conceito, fundamento e finalidade.

É oportuno ressaltar que existe muita divergência doutrinária entre os fins e os fundamentos da pena, há quem entenda que o fundamento da pena é exclusivamente ético e moral, em caráter apenas retributivo, assim considerado a teoria absoluta. Para essa teoria, a pena

⁶⁹ COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal -Curso Completo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 119.

⁷⁰ LEAL, João José. **Direito Penal-Parte Geral**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 383.



tem como objetivo somente punir o acusado pelo mal que causou a uma pessoa ou a coletividade.

Dentro deste contexto, existe o entendimento de que a pena objetiva evitar que o agente criminoso cometa outros delitos, visando então, a prevenção do crime, assim entendem os defensores da teoria relativa. Essa teoria atribui a pena um caráter ressocializador.

Faz-se necessário destacar que da conciliação das teorias absoluta e relativa surgiu a teoria mista, segundo a qual a pena tem como fundamento a retribuição, como também a prevenção, a fim de garantir a defesa e segurança da sociedade.

É notório, portanto, que tanto os elaboradores da lei quanto seus aplicadores, devem conhecer os fins e os fundamentos da pena, assim como sua evolução histórica, a fim que possam identificar o que precisa ser modificado e/ou acrescentado para que a pena atinja o bem estar e a harmonia social.



REFERÊNCIAS

- AZEVENDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena-causas de aumento e diminuição**. 1ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BIANCHINI, Alice. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**, Alice Bianchini, Antônio Garcia-Pablos de Molina, Luis Flávio Gomes. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. V. 1. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e de seus critérios de aplicação**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 de abril de 2014.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto -lei nº 2 848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 02 de abril de 2014.
- BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7 210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso em 02 de abril de 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 84427/RJ. Matéria criminal. Penal – Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes (Lei 6.368/76 e DL 78.992/76) – Tráfico. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 5ª. Turma. j. 28.02.2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese.principios-penais-constitucionais-e-o-principio-da-insignificancia-aplicado,35397.html>> Acesso em 14 de maio de 2014.
- BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. v.1: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Curso de direito penal**. Parte geral. 9. ed. (rev. e atual.) São Paulo: Saraiva, 2005. (v.1)
- CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Vol. 1. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2004.
- CARVALHO NETO, Inacio. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- COSTA JR., Paulo José da. **Direito Penal -Curso Completo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- D'ANDREA, Flavio Fortes. **Desenvolvimento da personalidade**. 15 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- FALCONI, Romeu. **Lineamentos de Direito Penal**. 3 ed. São Paulo: Ícone, 2002.
- FEDELI, Mario. **Temperamento. Caráter. Personalidade. Ponto de vista médico e psicológico**. Trad. José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 1997.
- FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão**. 25 ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. rev. e ampl. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAZ, Nélson. **Dosimetria da pena**. In: RT 680/318, junho. 1992



GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou inimigo do Direito Penal)**. Disponível em <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/penal/direito_penal_inimigo_luiz_flavio_gomes.pdf> Acesso em: 10 de maio de 2014.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

_____. **Curso de direito penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

_____. **Curso de direito penal – parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. v.1: parte geral. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito penal. Parte geral**. 21 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998. (v.1).

LEAL, João José. **Direito Penal -Parte Geral**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2004.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Atual. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça Alvarenga. Campinas: Millenium, 1999. v. 3 e 4.

MASSON. Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – parte geral**. Vol.1. 3 ed. São Paulo: Método, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direto Penal-Parte Geral**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

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

_____. **Manual de direito penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

_____. **Manual de direito penal**. v. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do Código Penal. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NORONHA, M. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 1. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

_____. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA. Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: RT, 1999.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 5 ed. Niterói: Impetus, 2008.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 1 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral- art. 1º a 120.V.1. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

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

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal. Lineamentos para um Direito Penal Mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal - parte geral**, v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos da ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA. Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002.

SOUZA, Paulo S. Xavier. **Individualização da Penal: no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.